

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta

Jorma Rudanko

NÄKÖKOHTIA TODISTUSHARKINNASTA

With an English Summary

YLIOPISTOLLINEN VÄITÖSKIRJA,

joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian salissa PIII
perjantaina 29. tammikuuta 2021 kello 12

Helsinki 2020

ISBN 978-951-51-6720-0 (nid.)
ISBN 978-951-51-6721-7 (PDF)

Unigrafia
Helsinki 2020

Kirstille

ESIPUHE

Tämän kirjan taustalla oleva kertomus alkaa 1970-luvulta. Jonkinlainen hatara kiinnostus oikeudellisiin ja evidentialisiin kysymyksiin heräsi jo kouluaikana ja sai muodon Helsingin yliopiston kunnianarvoisten professorien opetuksessa. Satakuntalaispoika löysi savolaistytön vaimokseen professori Matti Ylöstalon uusien oikeustapausten luennoilta. Erityisesti prosessioikeuden professorin Jouko Halilan lämminhenkisessä johdatuksessa kiinnostus todistusoikeyteen sai konkreettisemmän muodon ja kohteen. Tämä johti prosessioikeuden laitokselle ja sen nuorekkaan henkilökunnan pariin ensin assistentin viransijaisena ja sitten amanuenssina. Antoisat ja avoimet keskustelut olivat mieleenjäviä, ja Juha Lapalaisesta tuli sittemmin ensimmäinen työnohjaajanikin, mistä hänelle kiitokset. Mieli paloi myös käytäntöön, ja seurasi auskultointi Kauhajoen kihlakunnan-tuomarin Jyrki Virolaisen ja hänen seuraajansa Juhani Holmaksen pätevässä ohjauksessa. Varusmiespalveluksen ja lyhyen yliopistojakson jälkeen seurasi nyt jo kasvaneen perheen muutto Vaasaan, sen hovioikeuden palvelukseen, jota Urpo Kangas eräässä artikkelissaan on nimittänyt Pohjanmaan korkeimmaksi oikeudeksi. Kotipaikkana Vaasaa seurasi Kauhava. Hovioikeuspalvelus jatkui edelleen ja sai juuri todistusoikeyden kannalta uusia ulottuvuuksia 1990-luvun lainuudistuksista, jotka merkitsivät pääkäsittelyjen määrän räjähdysmäistä kasvua entiseen verrattuna. Kollegoille tuli tutuksi poikkeaminen Kauhavalle matkakäräjämatkoilla Jyväskylään. Myös Raahan ja Porin oikeustalot tulivat tutuiksi. Oikeuslaitospalvelus jatkui sitten Korkeimmassa oikeudessa ja kesti eläkkeelle jäämiseen saakka. Tuota kautta sävyttivät erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön vaikutusten voimakas läpimurto, joka sai ilmauksia myös todistusoikeyden alueella, sekä OK 17 luvun kokonaisuudistus.

Lukija löytää jäljempänä viittauksia systeemiteoreettiseen ajatteluun. Tämä juontaa puolestaan juurensa Tampereen yliopiston entiseen taloudellis-hallinnolliseen tiedekuntaan ja sen antamiin pilkkuihin, joista ”pantteri” ei pääse eikä kyllä haluakaan päästä.

En rasita lukijaa tällaisella elämänkertaa muistuttavalla kertomuksella enempää. On kuitenkin kiitosten aika. Lämpimimmät niistä suuntaan vaimolleni Kirstille. Tiedän, että tätä työtä ei olisi koskaan syntynyt ilman häntä ja hänen väsymätöntä kannustustaan; hetkinä, jolloin tuntui, että latu on täysin ummessa, ilta pimenee ja lumisade vain yltyy peittäen päämäärän täysin näkyvistä, hän jaksoi uskoa ja valaa voimaa työhöni, vaikka hän itse teki pitkän ja vaativan päivätyön käräjätuomarina. Samoin kiitän kaikkia lapsiamme Johannaa, Mikkoa, Mariaa ja Tuomasta. Veljeäni Juhania, englantilaisen filologian emeritusprofessoria, kiitän antoisista keskusteluista. Jyrki Virolainen antoi tuomarin

mallin sekä pistämättömällä asiantuntemuksellaan että prosessinjohtajana. Hovioikeusväestä tuon kiitokseni erityisesti hovioikeudenlaamanneille Robert Liljenfeldtille, Leena Korkalaiselle sekä Olli Varilalle avartavista ja ikimuistoisista keskusteluista ja pohdintoista – sekä todistusharkinnan piirissä että sen ulkopuolella. Korkeimmasta oikeudesta kiitän, muita jäseniä unohtamatta, erityisesti presidenttejä Pauliine Koskeloa ja Timo Eskoa sen lämpimän ja mutkattoman ilmapiirin luomisesta koko työyhteisöön, jossa oli helppo esittää ja pohtia vaikeitakin kysymyksiä.

Kaikkia kiitokset eivät enää tavoita. Edellä olen jo maininnut Jouko Halilan ja Juhani Holmaksen. Muistan heitä lämmöllä.

Kiitän viime vuosien työnohjaajaani, professori Dan Frändeä ymmärtävästä ja mutkattomasta opastamisesta. Jo lähtökohdan, ikämiehen ohjaamisen tieteen tiellä, on täytynyt olla vaativa. Avoimet ja kannustavat keskustelut olivat antoisia. Samalla Dan puhui järjen äänellä esittäessään hienovaraisesti työni ensimmäisten mammuttiversioiden karsimista. Esitarkastajiksi ystävällisesti suostuneita oikeustieteen tohtoreita Pasi Pölöstä ja Timo Saranpäättä, joka jälkimmäinen on myös suostunut toimimaan vastaväittäjänä, kiitän paneutumisesta aiheeseen ja sen yksityiskohtiin. Lisäksi kiitän Unigrafia Oy:n taittajaa Riikka Hyypiää ja muuta henkilökuntaa huolellisesta työstä.

Oikeuskirjallisuutta ja -käytäntöä olen voinut ottaa huomioon tammikuun alkuun 2020 saakka ja sen jälkeen vain rajoitetusti.

TIIVISTELMÄ

Todistusoikeudellisen kirjallisuuden piirissä tavataan melkoinen määrä erilaisia todistusharkinnan teorioita ja menetelmiä. Ei ole liioteltua sanoa, että jokaisella teorialla on omat vahvuutensa ja heikkoutensa. Tarkoitukseni tässä työssä ei ole löytää ja nimetä niiden joukosta ”parhainta” todistusharkintateoriaa, vaan pyrkiä löytämään ajattelu- ja päättelytapoja, jotka voisivat olla rationaalisia ja hyödyllisiä näyttötuomarin, fact-finderin, vaikeassa tehtävässä ratkaista, mikä on totta ja mikä ei ole.

Teoriat voidaan jakaa kahteen pääryhmään sen perusteella, mitä päättelyn metodia ne käyttävät. Näitä päävirtauksia nimitetään usein bayesianisiksi ja pascaliaanisiksi teorioiksi. Bayesianiset teoriat käyttävät hyväkseen matemaatiikkaa, pascaliaaniset eivät.

L. Jonathan Cohen todisti kuuluisassa kirjassaan ”The probable and the provable”, mitkä vaikeudet todistusharkinnassa liittyvät matemaattisten ja tilastollisten päättelytapojen käyttämiseen. Lahjakas tutkija Hannu Tapani Klami innostui, muun ohella, matemaattisista mentelmistä, mutta myös hän totesi erään kirjoituksensa loppupuolella, että ”tuomari ei laske”. Vaikka tämä pitäisi paikkansakin, myös näihin teorioihin sisältyy seikkoja ja näkökohtia, jotka ovat varmuudella relevantteja ja hyödyllisiä näyttötuomarin työn kannalta. Erityisesti monimutkaisissa ja vaikeissa jutuissa, joihin sisältyy laaja todisteltavien tosiseikkojen ”wigmoreaaninen” verkko, on tärkeää ymmärtää ne suhteet, jotka vallitsevat tosiseikkojen todennäköisyysarvojen kesken verkoston eri portailla, sekä näiden suhteiden merkitys.

Skandinaavisessa todistusoikeuskirjallisuudessa on vallinnut kaksi vanhempaa todistusharkinnan teoriaa, niin sanotut teema- ja todistusarvomethodi. Kumpikaan niistä ei ole onnistunut lyömään itseään läpi tuomioistuinkäytännössä. Sen sijaan riitajutuissa niin sanottu övervikt- eli overvekt-periaate, vahvemman näytön tai näyttöenemmyyden periaate, joka juontaa juurensa common law’n perinteeseen, on saanut enemmän suosiota. Samoin on tapahtunut niin sanotulle hypoteesiteorialle, joka yleensä liitetään ruotsalaisen Christian Diesenin nimeen. Hypoteesiteorian idea on vanha ja yksinkertainen: näyttötuomarin valittavana on aina ollut vähintään kaksi vaihtoehtoa, joko propositio on tosi tai ei ole tosi, mutta Diesen on kehittänyt tämän idean rikosjutuissa laajaksi hypoteesien ”spektriiksi”, erityisesti toisaalta tosiseikkojen ja tapahtumien kausaalisuhteita ja toisaalta syyttäjän ja tuomarin rooleja ja tehtäviä koskien.

Tällä hetkellä narratiivi- eli kertomusteoria näyttää olevan voittamassa merkittävästi alaa ainakin kirjallisuudessa, myös pohjoismaissa. Sen etuna ovat todistusharkinnan ja päättelyn kokonaisvaltaiset, holistiset näkökohdat, joita se

korostaa. Toisaalta holismiin saattaa liittyä vaaratekijöitä, jotka on otettava huomioon. Kaikki todistajat eivät esimerkiksi ole kouliintuneita kertomusten esittäjiä, ja näyttötuomarilla tulee olla työkalut toimia myös senkaltaisissa tilanteissa.

Näyttötuomarin toimintaan liittyy myös eräitä ”pienempiä” mutta tärkeitä kysymyksiä ja aiheita. Yksi niistä on a priori- tai alkuperäistodennäköisyyden rooli päättelyssä. Vanhemmasta kirjallisuudesta voi löytää näkemyksen, että on täysin normaalia ja hyväksyttävää, että näyttötuomari voi käyttää hyväkseen tietämystään alkuperäistodennäköisyydestä arvioidessaan hänelle esitettyä näyttöä ja pitää sitä sen osana. Väitän, että on olemassa selkeä ristiriita tämän ajattelutavan ja rikosjuttujen syyttömyysolettaman välillä. Myös riitajutuissa on erittäin kyseenalaista, miksi näyttötuomarin tulisi saada käyttää hyväksi informaatiota, joka on kontrolloimatonta ja jää sellaiseksi. Molemmissa tapauksissa hänen tulisi pystyä panemaan ennakoluulonsa syrjään ja aloittaa ”puhtaalta pöydältä”, tai, jos hän pitää informaatiota jutulle relevanttina, hänen tulisi informoida asianosaisia siitä ja siten tuoda se kontradiktorisen ja adversariaalisen keskustelun kohteeksi.

JÄSENTELY

ESIPUHE	5
---------------	---

TIIVISTELMÄ.....	7
------------------	---

JÄSENTELY	9
-----------------	---

1. JOHDANTO.....	21
------------------	----

1.1 Prosessioikeus tutkimuskohteena	21
---	----

1.2 Todistusoikeus osana prosessioikeutta	26
---	----

1.2.1 Mitä todistusoikeus on? Todistelumenettelyä ja todistusharkintaa	26
--	----

1.2.2 Mitä todistusharkinta on – onko se juridiikkaa?	31
---	----

1.2.2.1 Yleistä	31
-----------------------	----

1.2.2.2 Lainpellon argumentointia.....	32
--	----

1.2.2.3 Todistusharkinnan toimintaympäristöstä. Tyhjiö, taistelu vai sovinto?	34
--	----

1.2.3 Todistusharkinta tutkimuskohteena	35
---	----

1.2.3.1 Nykypäivää	35
--------------------------	----

1.2.3.2 Todistusharkinnan tutkimusmenetelmistä	36
--	----

1.2.3.2.1 Yleistä.....	36
------------------------	----

1.2.3.2.2 Todistelu diskurssina ja sen tutkimus diskurssianalyysinä?	38
---	----

1.2.3.2.3 Felaktigt dömda?	40
----------------------------------	----

1.2.3.2.4 Ulkoinen ja sisäinen näkökulma todistusharkintaan	41
--	----

1.2.3.3 Omia päätelmiä	44
------------------------------	----

1.3 Alustavia käsitelmäärittelyjä sekä tutkimustehtävän määrittelyä ja rajausta....	45
---	----

1.3.1 Eräitä alustavia määritelmiä	45
--	----

1.3.2 Pääpiirteittäinen käsittelyjärjestys, tutkimuskysymyksen asettaminen ja eräitä erilliskysymyksiä	48
---	----

1.3.3 Rajanvetoa todistustaakkasääntöjen suuntaan	50
---	----

1.3.4 Ulkomaiden oikeuden hyödyntämisestä	54
---	----

1.3.5 Lähestymistapoja todistamiseen ja todistetuksi tulemiseen	57
---	----

1.3.6 Prosessin dynamiikasta ja vuorovaikutuksesta	63
--	----

1.3.7 Tosiseikat, oikeuskysymykset ja arvoarviointit: erottaminen ja yhteenkietoutuminen.....	66
--	----

1.3.8 Jäsennyksestä tarkemmin	68
-------------------------------------	----

2. TODISTELUN DYNAMIIKKA JA YLEISTERMEJÄ	70
2.1 Johdantoa.....	70
2.2 Todistelu vaiheittaisena prosessina.....	71
2.3 Todistusharkinnan jatkuvuus ja portaittaisuus.....	73
2.4 Todiste	73
2.5 Päätodiste ja tukitodistelu.....	75
3. TODISTUSTEEMA.....	79
3.1 Todistusteema seikkana tai seikastona	79
3.1.1 Yleistä johdantoa	79
3.1.2 Käytännön näkökohtia teemoittamisesta asianosaisen näkökulmasta	82
3.1.3 Vuorovaikutusmalli vaihteellisuuden kuvaajana	83
3.2 Mikä voi olla näytön kohteena eli muodostaa todistusteeman?	86
3.2.1 Todistusteeman kaksi ulottuvuutta: laatu ja laajuus.....	86
3.2.2 Voiko todistussuhde yhdistää kaikkia kolmen lajin seikkoja toisiinsa	87
3.2.3 Teeman laajuudesta ja näyttökynnyksen yhteydestä siihen. Ultima probandumit vai ultima probanda?	89
3.2.3.1 Yleisiä näkökohtia	89
3.2.3.2 Käytännön näkökohtia	92
3.3 Teeman laadusta. Arvostuksenvaraiset ja oikeudelliset seikat todistelun kohteina eli todistusteemoina?	94
3.3.1 Johdantoa. Doktriinin dogmaattinen kanta	94
3.3.2 Mitä ovat arvostuksenvaraiset ja kokoonpannut seikat ja seikastot? Todistusteemana adjektiivi?.....	97
3.3.2.1 Johdantoa. Arvostuksenvaraisuus teemana tai osana teemaa ...	97
3.3.2.2 Arvostuksenvaraisista seikoista ja kokoonpannuista seikastoista laajemmin	99
3.3.3 Oikeudelliset seikat todistusteemoina	100
3.3.3.1 Johdantoa.....	100
3.3.3.2 Tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottamisen tarpeesta.....	101
3.3.3.2.1 Johdantoa	101
3.3.3.2.2 Oikeuskirjallisuudesta	102
3.3.3.2.3 Omaa arviointia	108
3.3.4 Normatiiviset seikat suoraan näytön kohteina	109
3.3.4.1 Johdantoa.....	109
3.3.4.2 Ulkomaan normi näytön kohteena	109
3.3.4.3 Kotimaan normi näytön kohteena, esimerkiksi TES ja Rakennusurakan yleiset sopimusehdot	111
3.3.4.4 Teemana todistustaakka	113
3.3.4.5 Todistusteemoista muissa prosessiratkaisuissa	115
3.3.5 Kokemussäännöt todistusteemoina – ja oikeustositseikkoina?	117
3.4 Oman kannan kehittelyä väitteeseen 'vain kovat faktat ovat oikeustositseikkoja'	119

4. TODISTUSTAAKKA	123
4.1 Johdantoa. Todistustaakan ”roolista” todistusharkinnan kannalta	123
4.2 Todistustaakan perinteistä määrittelyä	125
4.3 Todistustaakkasääntöjen ryhmittelyä ja jakoa koskevia teorioita ja periaatteita	132
4.3.1 Perinteisiä ryhmitys- ja jakoperusteita.....	132
4.3.2 Klamin neljä argumenttia ja Kaplanin kaava.....	135
4.3.3 OK 17 luvun yleissäännöksistä ja niiden merkityksestä todistustaakkaproblematiikalle.....	137
4.3.3.1 Ruotsi-Suomen laista nykylakiin.....	137
4.3.3.2 Arviointia.....	139
4.4 Todistustaakan dynamiikkaa	140
4.4.1 Siirtävästä todistustaakasta ja kontekstuaalisesta todistustaakasta ...	140
4.4.2 Taakan siirtyminen ja presumptio: esimerkkejä	144
4.4.3 Kuka toteaa todistustaakan tai sen siirtymisen – tai onko siirtymisellä enää väliä?	146
4.4.4 Todistustaakka vastatosisaikasta: KKO 2005:69 (Ingosstrah – Stockmann).....	149
4.4.5 Esittämisen ja vakuuttamisen taakat: McDonnell v. Green ja Texas v. Burdine	151
5. NÄYTTÖKYNNYYS	156
5.1 Johdantoa. Kynnyksen kaksoisrooli: vaatimus ja saavutus	156
5.2 Täysi näyttö ja näyttökynnyys. Perinteinen määritelmä ja täysi näyttö riittävänä näyttönä.....	162
5.3 Tuomarin vakuuttuneisuudesta näyttökynnyksenä tai todistusharkinnan päätepisteenä	166
5.3.1 Johdantoa	166
5.3.2 Historiaa	168
5.3.3 Tuomarin vakuuttuneisuudesta	169
5.4 Näyttökynnyksen asettajasta ja asettumisesta. Joustaako näyttökynnyys?	171
5.4.1 Johdantoa debattiin	171
5.4.2 Näkökohtia joustavuudesta. Mitä normin joustavuudella tarkoitetaan?	174
5.4.2.1 Tähti ja Wallerman	174
5.4.2.2 Tuomarin harkinnan vapaudesta yleisesti	175
5.4.2.3 Omaa arviointia.....	177
5.4.3 Episteemisyyden erityispiirteenä näyttökynnyksen normatiivisuudessa	178
5.4.4 Bater v. Bater ja lordi Denning.....	180
5.4.5 Käsityksiä vapaan todistusharkinnan aamunkoitossa pohjoismaissa	181

5.4.6	Myöhemmän oikeuskirjallisuuden näkemyksiä todistustaakan ja näyttökynnyksen määrääjästä ja konkreettisen kynnyksen joustavuudesta	184
5.4.7	Hypoteesi: työnjakoa	196
5.5	Näyttökynnyksen korkeuden legaalista tai muuten vakiintuneista määrittelyistä	199
5.5.1	Johdantoa	199
5.5.2	Suomi	202
5.5.2.1	Yleissäännöksiä	202
5.5.2.2	Täydestä riittävään, riittävästä uskottavaan?	204
5.5.2.3	Omaa arviointia akselilla riittävyys/uskottavuus	206
5.5.2.4	Korvausvaatimuksen erityissääntelystä (VOK 17:6, OK 17:2.3).....	208
5.5.2.5	Rikosasiat: ei varteenotettavaa epäilyä eli beyond reasonable doubt	210
5.5.2.6	Stabiili kynnyksen ja vaikeanäyttöiset seksuaali- ja huumejutut	213
5.5.3	Ruotsin näyttökynnyksistä	213
5.5.4	Norjan näyttökynnyksistä	215
5.5.5	Common law'n näyttökynnyksistä.....	215
5.5.6	Saksan yleiset näyttökynnykset	216
5.6	Oikeuskäytännöstä	216
5.6.1	KKO lausuu näyttökynnyksestä erityistilanteissa	216
5.6.2	HD asettelee näyttökynnystä riitajutuissa ja kritiikkiäkin.....	223
5.6.2.1	Eräitä vakuutusjuttuja.....	223
5.6.2.2	Heumanin kritiikki.....	226
5.6.2.3	Omaa arviointia.....	227
5.7	Oma kanta: yhteistyöhypoteesi pitää paikkansa	229
5.8	Erityisesti ei varteenotettavaa epäilyä / beyond reasonable doubt -kynnyksestä	230
5.8.1	Johdantoa ja historiaa	230
5.8.2	Mitä tarkoittaa beyond reasonable doubt, varteenotettava epäily(s) ?.....	231
5.8.3	Brd Pohjolaan ja Suomeen	238
5.8.3.1	Johdantoa. Jonkan punnintamalli suomalaisena brd-kynnyksen ennakkointina	238
5.8.3.1.1	Punnintamallin esittely	238
5.8.3.1.2	Omaa arviointia Jonkan mallista.....	241
5.8.3.1.3	'Ei varteenotettavaa epäilyä' Suomeen. KKO 2002:47.....	242
5.8.3.2	HD ja utom rimligt tvivel.....	243
5.8.3.2.1	Ensi kerta: NJA 1980 s. 725	243
5.8.3.2.2	Eliminointitodistelu: NJA 1991 s. 56	244
5.8.3.2.3	Hallussapito ja tietoisuus: NJA 1999 s. 480	245
5.8.3.3	EIT ja beyond reasonable doubt.....	247

5.9	Todistustaakan ja näyttökynnyksen erityiskysymyksiä	251
5.9.1	Näyttökynnys on ylitettävä jokaisen oikeustositseikan kohdalla.....	251
5.9.2	Todistustaakka ja näyttökynnys todistus- ja aputositseikkojen kohdalla eli ”alempana”	256
5.9.2.1	Johdantoa.....	256
5.9.2.2	Oikeuskirjallisuudessa esitetty näkemys	256
5.9.2.3	Oma näkemys	264
5.9.2.3.1	Alustavaa arviointia	264
5.9.2.3.2	Ekelöfin kannan kritiikkiä	266
5.9.2.3.3	Onko vetoamisvelvollisuuden puuttumisella merkitystä?	269
5.9.2.3.4	Erityisesti ketjutodistelutilanteesta.....	271
5.9.2.3.5	Uusi vaaran lähde vai uusi relevantti kysymys: Mikä on todistus- ja aputositseikan näyttökynnys? ..	272
5.10	Transitiivisuudesta ja konjunktioista	274
5.10.1	Johdantoa	274
5.10.2	Yksittäiset oikeustositseikat vai seikasto näyttövaatimuksen kohteena	276
5.10.3	Konjunktion ongelmasta yleensä Cohenin mukaan.....	279
5.10.4	Neljä yritystä ”pelastaa” matemaattiset teorial konjunktio- ongelmalta: miten lopputulos kokonaisuutena ylittäisi kynnyksen.....	281
5.10.5	Pohjoismaisesta oikeuskirjallisuudesta	284
5.10.6	Omaa pohdintaa.....	288
5.10.7	Entä jos todistustositseikka olisikin oikeustositseikka tai päinvastoin?.....	291
5.11	Ehkä sittenkin: tuomari ei laske – mutta perustelee?.....	295
6.	TODISTUSHARKINNAN YLEISIÄ NÄKÖKOHTIA	297
6.1	Todistusharkinnan määrittelyä: mitä uskoa ja mitä päättää.....	297
6.2	Kaksi analyysiä: Kolflaath ja Ho	298
6.3	Intuitiosta todistusharkinnassa ja sen suhteesta perusteleminen.....	300
6.3.1	Intuitiosta yleensä	300
6.3.2	Tverskyn ja Kahnemanin kolme intuition heuristista kriteeriä.....	303
6.4	Todistusharkinnan vaiheiden tarkempi kuvaus	304
6.5	Todistelutilanne	311
6.5.1	Johdantoa. Todistelutilanne eräänä keskeisenä tarkasteluvälineenä	311
6.5.2	Kolflaathin bevissitiasjon	312
6.5.3	Strandbergin bevissitiasjon”it.....	313
6.5.4	Oma versio todistelutilanteen käsitteeksi	316
6.6	Virhelähteistä ja todistajanpsykologiasta	319
6.7	Todistusharkinta monijäsenisessä tuomioistuimessa	321
6.8	Takaisinkytkennästä harkintaprosesseissa.....	323

6.9	Tiedon kredentiaaleista keskeisinä harkintakriteereinä tiedolle ja todistelutilanteelle: relevanssi, luotettavuus/uskottavuus, todistusvoima ja todennäköisyys.....	325
6.9.1	Johdantoa. Neljä kredentiaalia ja ulkojäsenet robustius ja weight. Todisteen sisällöstä eli tiedosta.	325
6.9.2	Strandbergin ”todennäköisyyslausuman ulottuvuudet” tiedon kredentiaaleina	329
6.9.3	Todisteen sisällön relevanssista	331
6.9.4	Uskottavuudesta.....	337
6.9.4.1	Johdantoa.....	337
6.9.4.2	Asiakirjatodistelun uskottavuudesta	342
6.9.4.3	Muun, konkreettisen todistelun uskottavuudesta (katselmus ym.).....	345
6.9.4.4	Todistajan ja asiantuntijan kertomusten (henkilötodistelun) uskottavuudesta	346
6.9.4.4.1	Johdantoa. Havaintoja ja päättelyä	346
6.9.4.4.2	Common law -näkökulma henkilötodistelun uskottavuuteen	351
6.9.5	Todistusvoimasta	355
6.10	Näytön robustius sekä paino (weight) todistelutilanteen kredentiaaleina.....	357
6.10.1	Johdantoa ja määrittelyjä: mitä on robustius ja mikä on weight. Cohenin robustius? (ceteris paribus)	357
6.10.2	Robustiuden merkityksestä oikeudenkäynnissä	365
6.10.2.1	Johdantoa	365
6.10.2.2	Robustiuskynnys: kuka siitä päättää ja millä tasolla se on?	367
6.10.2.3	Robustiuteen liittyvät selvitykset ja toimet	368
6.10.2.3.1	Johdantoa	368
6.10.2.3.2	Robustiuden huomioon ottamisesta prosessin aikana.. 369	
6.10.2.3.3	Pro exemplo: KKO 2002:47, esittelijän mietintö	378
6.10.2.4	Vajeen huomioon ottaminen ja merkitys päätösharkinnassa: yksi vai kaksi ”vaakaa”	380
6.10.2.4.1	Oikeuskirjallisuudesta	380
6.10.2.4.2	Omia pohdintoja.....	383
6.10.3	Omia yhteenvedonomaaisia pohdintoja robustiudesta	385
6.10.4	Summa summarum: Tarvitaanko robustiuden käsitettä?	386
6.10.5	Keynesistä tarkemmin	387
6.10.5.1	Weight eli näytön ”paino” Keynesin teoriassa	387
6.10.5.2	Omaa arviointia. Onko painolla painoarvoa?	388

7. ALKUPERÄISTODENNÄKÖISYYS, SYYTTÖMYYSOLETTAMA, PRESUMPTIOT, TUNNUSTUS.....	390
7.1 Alkuperäistodennäköisyys sekä lähikäsitteet esiyttäminen, a priori, prima facie -näyttö ja presumptiot sekä tunnustus	390
7.1.1 Johdantoa	390
7.1.2 Esiyttämisestä tai -tiedosta.....	390
7.1.3 Alkuperäistodennäköisyydestä	393
7.1.3.1 Hämmästyä ja rajoitusta.....	393
7.1.3.2 Alkuperäistodennäköisyyden kolme roolia: todistus- taakassa, näyttökynnyksessä ja todistusharkinnassa.....	397
7.1.3.3 Pro exemplo: sinisten ja vihreiden taksien tapaus ja arviointi .	400
7.1.3.4 Alkuperäistodennäköisyydestä oikeuskirjallisuudessa	403
7.1.3.5 Alkuperäistodennäköisyydestä Eurocard-jutussa NJA 1992 s. 263.....	410
7.1.3.6 Sallitaanko ja tarvitaanko konkreettista alkuperäis- todennäköisyyttä? Alkuperäistodennäköisyys virhelähteenä ...	412
7.1.3.7 Syyttömyysoletus ja alkuperäistodennäköisyys.....	418
7.1.3.7.1 Luonnetodistelusta yleensä	418
7.1.3.7.2 Syyttömyysoletus kansainvälisissä sopimuksissa ja oikeuskirjallisuudessa.....	420
7.1.3.7.3 Alkuperäistodennäköisyys ja syyttömyysoletus.	424
7.1.3.7.4 Cohen ja common law	429
7.1.3.7.5 Lähteekö syyttäjä etumatkalta, nollatilanteesta vai takamatkalta? Omia arvioita.....	434
7.1.3.7.6 Rikostietojen ongelma.....	436
7.1.3.7.7 Onko alkuperäistodennäköisyyden poissulkemisesta tai sivuuttamisesta haittaa?	439
7.1.3.7.8 Omia pohdintoja: alkuperäistodennäköisyys vs. syyttömyysoletus ja vähän muustakin	442
7.2 Presumptiot todistusharkintaa ohjaavina.....	452
7.2.1 Yleistä. Kolme presumption lajia	452
7.2.2 Summaarisista asioista ja viranomaistodisteista prima facie-näyttönä.....	456
7.2.3 Eurocard NJA 1992 s. 263 revisited.....	457
7.2.4 Kehittynyt sähköinen allekirjoitus luo presumption?	460
7.2.5 Legaalinen presumptio yhteisestä temasta – vai sittenkin eri temat?.....	463
7.2.6 KKO 2003:86: Hallinta luo omistajaolettaman ja miten se kumotaan.....	466
7.2.7 Vero- ja rikosoikeudellisesta presumptiosta	468
7.3 Tunnustamisesta.....	471

8. MINI-TODISTUSHARKINNAT: KAKSI ERITYISLAATUISTA

TODISTUSHARKINTAA.....	475
8.1 Johdanto.....	475
8.2 Hovioikeuden jatkokäsittelyluvan harkinta näytön uudelleen arvioinnin perusteella	477
8.3 Hovioikeuden pääkäsittelyn toimittaminen näytön uudelleen arvioinnin tarpeen perusteella	478
8.3.1 Yleistä johdantoa. Kysymys uskottavuudesta ja hovioikeuden pääkäsittely	478
8.3.2 Uskottavuus OK 26 luvussa	478
8.3.3 HE 33/1997 ja HE 105/2009	480
8.3.4 Omaa arviointia uskottavuus-käsitteestä hallituksen esitysten valossa	483

9. TODISTUSHARKINTATEORIAT I: JOHDANTOA JA MATEMAATIKKOJA 488

9.1 Johdantoa. Teorioita, periaatteita, malleja todistusharkinnan kuvaamiseksi tai ohjaamiseksi. Perusjakoa päävirtauksiin.....	488
9.1.1 Mihin todistusharkintateoriat ja -metodit tähtäävät?	488
9.1.2 Kaksi päävirtausta: pascaliaanit ja baconiaanit, sekä ”välimallit”	491
9.1.3 Historiasta	493
9.1.4 Cohenin kolmijako	496
9.1.5 Muita jaotteluja: Diesen, Strandberg	497
9.1.6 Jaottelusta seuraavassa esityksessä	498
9.1.7 Kuokkavieraan tapaus	501
9.2 Pascaliaaniset (matemaattiset) mallit. Bayesin teoreema	502
9.2.1 Johdantoa. A priori ja a posteriori	502
9.2.2 Bernoulli – Boolean kaava.....	503
9.2.3 Kolmogorovin kolme perusaksioomaa.....	504
9.2.4 Muita peruskaavoja, mutta hiukan varauksellisuutta	504
9.2.5 Bayesin teoreemasta ja bayesiaanisesta päätöksentekoteoriasta	509
9.2.5.1 Johdantoa ja teoreeman esittelyä.....	509
9.2.5.2 Hyödyn maksimoinnista bayesiaanisessa päätöksenteossa	516
9.2.5.3 Bayesin arviointia ja kritiikkiä kirjallisuudessa	518
9.2.5.3.1 Johdantoa.....	518
9.2.5.3.2 Suopeita: Hov, Andersson (varauksin), Eide, Dahlman	520
9.2.5.3.3 Kriitikot Lindell, Diesen, Klami – Gräns – Sorvettula ja Brilmayer (paino ja puhdas tilastonäyttö).....	522
9.2.5.4 Omaa arviointia: mitä hyvää Bayesissa.....	526
9.2.5.5 Omaa arviointia: mitä huonoa Bayesissa	528
9.2.5.6 Bayes ja kuokkavieras.....	533
9.2.6 Shaferin tuki-malli	534

9.3	Pohjoismaiset todennäköisyysteoriat.....	538
9.3.1	Johdantoa	538
9.3.2	Harkintaan dynamiikkaa todennäköisyysasteikkoa hyödyntäen?	539
9.3.3	Todistusteemametodi ja todistusarvometodi	541
9.3.3.1	Johdantoa ja peruseroja	541
9.3.3.2	Teemametodi	545
9.3.3.3	Todistusarvometodi	547
9.3.3.4	Klami	557
9.3.3.5	Omaa pohdintaa	560
9.3.3.5.1	Metodien ”luonteesta”	560
9.3.3.5.2	Todistelusysteemin suljettisuus/avoimuus ja teemametodi/arvometodi. Voidaanko tuollainen samaistus tehdä?.....	564

10. TODISTUSHARKINTATEORiat II: ÖVERVIKT-PERIAATE567

10.1	Johdanto.....	567
10.2	Periaatteen synnystä ja kehityksestä: Eckhoff 1943 ja Bolding 1951	568
10.2.1	Eckhoff	568
10.2.2	Bolding 1951	570
10.2.3	Ekelöf vastaväittäjänä	574
10.3	Periaatteen arviointia oikeuskirjallisuudessa - pro et contra (Ruotsi / Norja / Suomi)	582
10.3.1	Ruotsi	582
10.3.1.1	Bolding 1990 (Rätt och sanning –symposiumi 1989) ja 1989 (Går det att bevisa?).....	582
10.3.1.2	Myöhempi Ekelöf 1977	585
10.3.1.3	Boman	586
10.3.1.4	Heuman.....	587
10.3.1.5	Lindell	590
10.3.2	Norja.....	591
10.3.2.1	Olin Augdahl 1929.....	591
10.3.2.2	Strandberg.....	591
10.3.2.3	Skoghøy	593
10.3.2.4	Robberstad	594
10.3.2.5	Kolflaath ja relatiivinen overvekt.....	595
10.3.3	Suomi	596
10.3.3.1	Jouko Halila, Tirkkonen ja Tauno Ellilä.....	596
10.3.3.2	Lappalainen	598
10.3.3.3	Jokela, Leppänen	598
10.3.3.4	Norrgård ja vertaileva metodi	599
10.3.3.5	Saranpää.....	601

10.4	Periaatteen vaikutus uudempaan oikeuskäytäntöön: onko se hallitseva periaate nykyään ja minkälaisissa jutuissa?	602
10.4.1	Norja.....	602
10.4.2	Ruotsi	603
10.4.2.1	Johdantoa.....	603
10.4.2.2	Ratkaisuja ja kommentteja: NJA 1975 I s. 657, 1976 s. 667, 1977 s. 176, 1977 s. 549, 1981 I s. 622	604
10.4.3	Suomi	609
10.4.3.1	Johdantoa	609
10.4.3.2	Ennakkopäätöksen KKO 1995:53:n selostus	609
10.4.3.3	Ennakkopäätöksen KKO 1995:53 arviointia.....	612
10.5	Omaa arviointia övervikt-periaatteesta.....	613
10.5.1	Johdantoa ja yleisiä näkökohtia.....	613
10.5.2	Eräistä erityiskysymyksistä	617
10.5.3	Övervikt ja yleinen todistustaakka- ja näyttökynnyssääntely.....	617
10.5.4	Övervikt ja näyttötuomarin vakuuttuneisuus	619
10.5.5	Övervikt ja Ekelöfin ohjailufunktioteoria. Pohdintaa.....	620
10.5.6	Övervikt ja lasten huoltojutut ja testamenttijutut	622
10.6	Eckhoffin ongelmat I ja II	624

11. TODISTUSHARKINTATEORIAT III: BACONIAANEJA JA MUITA MALLEJA .. 628

11.1	Induktiivinen metodi (Cohen)	628
11.1.1	Johdantoa	628
11.1.2	Matemaattisten teorioiden yleinen kritiikki: kuusi ongelmaa.....	631
11.1.3	Cohenin esittämä tarkempi kritiikki.....	633
11.1.3.1	Yleistä	633
11.1.3.2	Konjunktion ongelma	634
11.1.3.3	Päättelystä päättelyn ongelma. Mikä näyttökynnys portailla tulisi olla?	634
11.1.3.4	Negaation ongelma	637
11.1.3.5	Brd-standardin ongelma	640
11.1.3.6	Kriteerien (puuttumisen) ongelma	641
11.1.3.7	Henkilönäytön korroboraatiosta ja muun näytön yhteisvaikutuksesta. A priorin välttämättömyys	641
11.1.3.7.1	Korroboraatio	641
11.1.3.7.2	A priori -todennäköisyyden ongelmallisuus (legaalinen kiellettyisyys).....	645
11.1.4	Cohenin induktiivinen teoria	647
11.1.5	Miten Cohenin induktiivinen teoria selviää ongelmista?.....	650
11.1.6	Cohenin seuraajista ja kritikoista.....	658
11.1.7	Strandbergin tarkempia kommentteja induktiivisesta teoriasta.....	659
11.1.8	Omaa arviointia Cohenin teoriasta	661
11.1.9	Cohenin teorian käytännöllisestä soveltamisesta todistusharkintaan...	666

11.2	Diesenin hypoteesimalli	667
11.2.1	Esittely	667
11.2.2	Arviointeja	671
11.2.2.1	Yleistä arviointia	671
11.2.2.2	Felaktigt dömda -ryöpyty.....	673
11.2.2.3	Omia arviointeja hypoteesimallista.....	676
11.2.2.4	Omia arviointeja Felaktigt dömda -raportista.....	684
11.2.2.5	Hypoteesimallin soveltamisesta oikeuskäytäntöön Suomessa	687
11.3	Parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn malli. Abduktio	689
11.4	Kertomusmalli ja muut vastaavat.....	695
11.4.1	Esittelyä.....	695
11.4.2	Kertomukset: ”välttämättömiä mutta vaarallisia” (Twining).....	696
11.4.3	Toinen näkökulma: ”kaikkein paras todistusharkintametodi”.....	699
11.4.4	Muita näkökohtia kertomuksista	701
11.4.5	Omaa pohdintaa kertomusmallista	703
11.4.5.1	Yleisiä pohdintoja.....	703
11.4.5.2	Mitä mallin leviäminen vaikuttaisi suomalaisen todistusharkintaan?.....	705
11.5	Kolflaathin kolmen näkökulman malli	706
11.6	Zahlen käyttäytymismalli.....	709
12.	EPILOGI.....	712
	SUMMARY	717
	LYHENTEITÄ	719
	KIRJALLISUUS	720
	ASIAHAKEMISTO	749

1. JOHDANTO

1.1 Prosessioikeus tutkimuskohteena

Kuten Raimo Siltala toteaa, oikeus on vahvasti kiistanalainen käsite, eikä edes oikeustieteen ja oikeusfilosofian perustavin mahdollinen kysymys – mitä oikeus on? – saavuta oikeustieteellisessä tiede- ja tutkijayhteisössä yksimielisyyttä. Syvällinen kiista oikeustieteen tutkimuskohteesta ja muista tieteenkuvan keskeisistä sitoumuksista jakaa oikeuden tutkijat eri suuntauksiin tai koulukuntiin, joiden välinen keskusteluyhteys ja yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin vajaata, puutteellista ja katkonaista tutkimuksellisten erimielisyyksien vuoksi, Siltala toteaa.¹

Oikeudellista ratkaisutoimintaa voidaan tutkia esimerkiksi perinteisen oikeusdogmatiikan² tai oikeusfilosofian keinoin. Jälkimmäiseltä alalta klassikko on Otto Brusiinin tutkimus tuomarin harkinnasta tilanteessa, jossa normi puuttuu. Oikeudenkäynti lähtee arkielämän tasolta, ja sen tutkimuksessa voi olla hyödyllistä käsitellä sitä prosessina, eteenpäinmenona. ”Oikeuden käymisen” mielekkyys on riippuvainen siitä, voidaanko vaatimukset ja niiden perusteet näyttää toteen. Luontevana näkökulman rajauksena on tällöin päähuomion kohdistaminen tuomioistuinprosessin ehkä keskeisimpään vaiheeseen eli todisteluun. Sama kysymyksenasettelu – voiko väitteet ja niiden perustelut todistaa oikeaksi – on käsillä jo ennen mahdolliseen oikeudenkäyntiin ryhtymistä esiprosessuaalisessa todellisuudessa, tuomioistuimen toimintaympäristössä.

Oikeudenkäyntiä voidaan tarkastella monesta näkökulmasta. Sitä voidaan pitää kamppailuna³ tai yhteisymmärrystä tavoittelevana menettelynä. Se voidaan myös nähdä diskurssina, asianosaisten keskusteluna, jossa myös tuomarilla on

1 Siltala 2003, s. 26. Kursivointi Siltalan.

2 Kuten Ervasti 2004, s. 224 huomauttaa, prosessioikeus on lähtökohtaisesti mielletty oikeusdogmaattiseksi tutkimukseksi, jonka kohteena on oikeudenkäyntimenettely ja täytäntöönpano. Niiden tutkimisen esimerkiksi oikeussosiologisesta, oikeusantropologisesta, oikeushistoriallisesta, oikeustaloustieteellisestä, oikeusvertailevasta sekä oikeuspoliittisesta näkökulmasta on katsottu kuuluvan varsinaisen prosessioikeuden ulkopuolelle, hän toteaa. Ervasti itse katsoo, että prosessioikeudellista tutkimusta voidaan tehdä myös muista tiedonintresseistä kuin lainopin tulkinta- ja systematisointitehtävistä käsin. Ervasti tuo esiin, ettei ylipäänsä ole syytä rajata ahtaasti prosessioikeutta, tai muunkaan alan oikeudellista tutkimusta, metodologis-teoreettisiin tai oppiaineeseen pohjautuvin perustein, vaan pyrkiä pikemminkin monitieteiseen ”yhteishakuiseen” prosessioikeuteen. – Ervastian ajatukset ovat nähdäkseni osuvia.

3 Virolainen 1995, s. 16 – 17 huomauttaa pohtiessaan prosessioikeudellisten periaatteiden olemusta, että prosessiperiaatteiden merkitys tulee esille kahden vastakkaisen asianosaisten välisessä ”oikeuskamppailussa” (trial), joka tapahtuu suullisesti ja julkisesti (eikä esimerkiksi vanhamuotoisessa kirjallisessa ylioikeusmenettelyssä, joka on hänen mukaansa luonteeltaan ”pikemminkin eräänlaista asiakirjoihin perustuvaa tarkastustoimintaa kuin todellista oikeudenkäyntiä”).

oma roolinsa⁴ ulkopuolisena tahona ja viimekätisenä ratkaisijana. Todistelu on tällöin nähty diskurssia tukevana toimintana.⁵ Silloin kun oikeudenkäynnin diskurssi on määritelty konsensukseen pyrkiväksi, todistelun diskursiivisuus on nähty rajoitetuksi sikäli, että asianosaiset eivät voi keskinäisin sopimuksin päästä todisteen sisällöstä tai merkityksestä yhteisymmärrykseen, ellei kysymys ole kokonaisen vaatimuksen tai tosiseikan myöntämisestä.⁶

Itse suhtaudun varauksellisesti näkemykseen oikeudenkäynnistä konsensukseen pyrkivänä diskurssina tai ylipäätään ajatukseen konsensuksesta menettelyn tavoiteltuna päätepisteenä.⁷ En jäljempänä käytä tätä lähtökohtanani. Ajatus soveltuu eräisiin erityisiin prosessilajeihin, kuten sovittelumenettelyyn; jo ryhtyminen siihen edellyttää yhteisymmärrystä tai halua siihen.⁸ Sen sijaan tavallisen oikeudenkäyntimenettelyn näkeminen konsensukseen pyrkivänä on

4 Leppänen 1998, s. 55 näkee, että asianosaisten argumentaation adressaatti ei ensisijaisesti ole vastapuoli, vaan tuomioistuin: asianosaiset pyrkivät perusteluillaan saamaan asian ratkaisevat tuomioistuimen jäsenet vakuuttuneiksi vaatimustensa oikeellisuudesta. Ervo 2003, s. 163 – 164 toteaa tuomarin roolin viimekätisenä ratkaisijana, mitä asiassa on pidettävä totena ja miten voimassa olevaa lakia on näiden näytettyjen tosiseikkojen vallitessa sovellettava. ”Nämä reunaehdot rajoittavat menettelyn diskursiivisuutta siinä mielessä, että ’pallo’ tuloksesta ei ole loppuun asti asianosaisilla itsellään, vaan ainakin osittain keskustelussa ’ulkopuolisena’ pysytellyt, puolueeton taho ratkaisee, kenen argumentointi on täyttänyt totuuden ja normin mukaisuuden vaatimukset.” – Jonkka 1991, s. 220 katsoo, että rakenteellisesti oikeudenkäyntiä ”voi verrata dialektiseen prosessiin, jossa edetetään teesin ja antiteesin kautta synteisiin.”

5 Ervo 2003, s. 166.

6 Ervo 2003, s. 165 – 166. Tämä pitää teorian tasolla paikkansa. Käytännössä kuitenkin väitteen merkitys ei ainakaan sisällön osalta ole välttämättä suuri, koska juuri tosiseikkoja asianosaiset päätyvät pitämään riidattomina. Tällöin todistelu kyseisen seikan osalta loppuu, jos kysymys on dispositiivisesta asiasta.

7 Käsitellessään Robert Alexyn väitettä (Alexy 1983/2015, s. 263 ja 272: ”die Sonderfallthese”), että oikeudelliset argumentaatiot, kuten tuomioistuinprosessit, ovat praktisten diskurssien erityistapauksia, Tuori 1990, s. 261 – 262 toteaa muun ohella: ”Ratkaisevia ovat ... menettelyyn ja sen rooleihin liittyvät poikkeamat diskurssin ideaalimallista. Kun lainkäyttömenettelyssä ei diskurssisääntöjen vaatimalla tavalla pidetä kiinni symmetria-, pakottomuus- ja vilpittömyysvaatimuksista ja kun prosessin osapuolilla ei edellytetä normatiivisesti oikeaan lopputulokseen päättämistä ainoana sallittuna motiivina, Alexyn erityistapausteesiin on vaikea yhtyä. Jotta prosessi voitaisiin ymmärtää praktiseksi diskurssiksi, sen tulisi pikemminkin vastata sellaista sovittelumenettelyä, jossa asianosaiset itse – siis ilman ei-asianosaisten, tuomarin välitystä – pyrkivät ratkomaan kommunikatiivisessa arkikäytännössä syntyneitä ristiriitojaan.

Tuomioistuinmenettelyä ei siten voi edes rationaalisen rekonstruktion tasolla kuvata sellaiseksi praktiseksi diskurssiksi, jonka osanottajia olisivat konkreettiset asianosaiset ja jossa pyrittäisiin heidät kattavaan, rationaalisesti motivoituun yhteisymmärrykseen.” Tuori viittaa Alexyn (1983/2015 s. 161alkaen) ja määrittelee praktisen diskurssin ja muut s. 245: *teoreettisten* diskurssien kohteena ovat propositionien totuusvaatimukset, *praktisten* diskurssien kohteena normien ja normatiivisten lausumien pätevyys, normatiiviset oikeellisuusvaatimukset. Ja diskurssi itse: ”kielitekoon vähintäänkin implisiittisesti liittämällä pätevyysvaatimuksilla puhuja samoin vähintäänkin implisiittisesti sitoutuu esittämään *perusteluja* näille vaatimuksille. Näin arkikommunikaation kieliteot viittaavat sellaisiin erityisiin kommunikaatiomuotoihin, *diskursseihin*, joissa pätevyysvaatimuksia testataan argumenteilla ja vasta-argumenteilla. *Ideallinen puhetilanne* taas: käsite ilmaisee ne muodolliset ehdot, joita rationaalisesti motivoitu yhteisymmärrys edellyttää diskurssilta; ideaalinen puhetilanne voidaan määritellä Alexyn 1983/2015 s. 279–280 täsmentämällä *diskurssisäännöllä*. Näistä ensimmäinen määrittää yhtäläisen osallistumisoikeuden diskurssiin, toinen yhtäläisen argumentaatio-oikeuden diskurssin kuluessa ja kolmas puolestaan ne ehdot, jotka sulkevat pois yhtäläisten oikeuksien toteuttamista estävät diskurssien sisäiset tai ulkoiset pakot.” Kursivoinnit Tuorin.

8 Asianosaisten tahto pyrkiä konsensukseen on tällöin nimenomaisesti varmistettu ennen menettelyyn siirtymistä (tuomioistuinsovittelulaki 4.3 §). Sovittelumenettelyssäkään tuomarin rooli ei ole ulkopuolinen asianosaisten diskurssin seuraaja, vaan hyvinkin aktiivinen toimija (em. laki 6 ja 7 §). Todistelua ei siinä oteta vastaan, joten todistusharkintaa tavanomaisessa mielessä ei ole. Jos sovintoa ei tuossa menettelyssä synny, palataan varsinaiseen oikeudenkäyntiin. – Rikosprosessin puolella syyteneuvottelumenettely pyrkii prosessin keventämiseen, mutta konsensuksesta on siinäkin mielestäni harhaanjohtavaa puhua.

ajatuksena kaunis,⁹ mutta mielestäni epärealistista ja idealistista. Tämä koskee niin riita- kuin rikosprosessiakin, mutta erityisen selvästi jälkimmäistä. Oikeudenkäynnissä käydään läpi kummankin asianosaistahon jo ennalta tiedossa olevia, vastakkaisia väitteitä ja vaatimuksia, eikä heidän välisensä keskustelu, sikäli kuin sitä laajemmalti salissa edes käydään, yleensä ole sellaisessa erityisroolissa, jota voitaisiin pitää menettelyn keskeisimpänä luonteenpiirteenä. Oikeudenkäyntiin ryhtyvän kannalta kiistettyjen väitteiden argumentointi on tärkeää, mutta loogisenakin se on ajanhukkaa, jos väitteitä ei voida näyttää toteen.

Oikeudenkäynnin kysymys länsimaaisessa traditiossa on perinteisesti ollut: mikä on totuus?¹⁰ Menetelmät, joilla totuutta on pyritty selvittämään, on luettu todistusoikeuden piiriin.¹¹ Totuuden tavoittelu ei kuitenkaan aina ja kaikissa prosessimuodoissa ole ensisijainen päämäärä. Tärkeämpänä on saatettu pitää esimerkiksi sovinnon tai oikeusrauhan saavuttamista. Tavoitteena voi myös olla menettely, joka tähtää siihen, ettei kenenkään tarvitse tuntea ”menettäneensä kasvojaan”. Tällaisessa menettelyssä todistelulla ei ole samaa roolia kuin muussa oikeudenkäynnissä. Voinee sanoa, että jos totuuden selvittämisen päämäärä luonnehtii perinteistä länsimaista oikeudenkäyntimenettelyä, erilaiset sovittelumenettelyt ovat täällä uusia, perinteiseltä prosessilta koko ajan käyttöalaa valtaavia menettelymuotoja. Sovittelu on ollut ja on tyypillistä esimerkiksi islamin oikeudessa.¹²

Ho Hock Lai toteaa,¹³ Alvin I. Goldmanin¹⁴ termin, että adjudikaatio on ”veritistisen epistemologian” yhteiskunnallista harjoittamista; tavoitteena on tiedon tuottaminen tosi uskomuksen heikossa merkityksessä. Ho katsoo, että tämän lähestymistavan omaksuvalle analyytikolle rikosoikeudenkäynti on ennen kaikkea ”episteeminen väline, työkalu totuuden etsimiseksi esille siitä, mikä usein alun perin on hämmäntävän suuri kattaus johtolankoja ja viittauksia.” Hän viittaa Larry Laudaniin, joka määrittelee todistusoikeuden tutkijoille kriittisen kysymyksen näin: ”Ovatko oikeudenkäyntijärjestelmät, jotka ovat etsivinä totuutta, hyvin suunniteltuja johtamaan maailmaa koskeviin tosi uskomuksiin?”¹⁵

9 Lainsäätäjää on pitänyt hyvänä korostaa oikeudenkäynnin tuomarille aktiivisuutta sovinnollisen ratkaisun aikaansaamiseksi (esimerkiksi OK 5:26). Käytännössä aina ennen varsinaisen riita-asian käsittelyn alkua asiamiehiltä tiedustellaan prosessia edeltävien sovintoneuvottelujen käymistä ja osapuolille annetaan kernaasti vielä neuvottelumahdollisuus. Vahvistettavia sopimuksia saadaankin riita-asioissa usein aikaan, yllättävän paljon vielä hovioikeusvaiheessa, jolloin kannetta on (ainakin) kertaalleen jo puitu.

10 Vrt. kuitenkin Damaška 1998, s. 301: ”Quite obviously, however, truth-conducive values cannot be an overriding consideration in legal proceedings: it is generally recognized that several social needs and values exercise a constraining effect on attempts to achieve fact-finding precision.”

11 Totuuden etsiminen ja todisteiden arvioiminen ei luonnollisestikaan rajoitu oikeustieteeseen. Yhteisiä metodeita on yritetty löytää ainakin historiatieteen ja eräiden muiden tieteenalojen suuntaan. Niistä Twining 2006, s. 441 - 443 ja Anderson - Schum - Twining 2005, s. 72.

12 Hallaq 2009, s. 59 - 64.

13 Ho 2008, s. 47.

14 Alvin I. Goldman, *Knowledge in a Social World*, (Oxford, OUP 1999) s. 5, erit. kpl 9.

15 Ho:n tässä siteeraamat luonnehdinta ja lausuma ovat peräisin Laudanilta 2006, s. 2.

Ho toteaa,¹⁶ että fundamentaalinen kiinnostuksen kohde todistelusääntöjen evaluoinnissa on niiden tehokkuus tuomioistuimen johtamisessa oikeisiin tuloksiin. Mutta tämä ei ole ainoa kohde. Ensinnäkin, on myös systeemin näkökulmasta elintärkeää liittää kustannukset analyysiin. Toiseksi, totuutta tavoitellaan oikeuden(mukaisuuden, justice) vuoksi, jossa oikeus (oikeudenmukaisuus) ymmärretään pääasiallisesti lain oikeana soveltamisena tosiseikkoja koskeviin ratkaisuihin. Mutta totuutta ja oikeudenmukaisuutta vasten pitää punnita ulkoisia arvoja ja huolehdittavia seikkoja, jotka tyypillisesti puetaan ”reiluuden”¹⁷, ”legitimiteetin”, ”prosessuaalisten oikeuksien” ja ”rehellisyden” ilmaisuiksi.

Prosessioikeus on viime kädessä käytännön oikeutta.¹⁸ Sitä voisi perustellusti luonnehtia melkoisen pragmaattiseksi.¹⁹ Empirian sivuuttaminen prosessin tutkimuksessa johtaa helposti verenvähyyteen. Aksiomaattisena lähtökohtana myös tutkimuksessa on tarpeen pitää pyrkimystä käytännön huomioon ottamiseen. Law in books ja law in action voivat prosessioikeuden kohdalla olla joskus kaukana toisistaan.²⁰ Käytännön korostaminen oikeustieteen piirissä ei yleensä ole uutta auringon alla. Pikemminkin näyttäisi olevan kysymys syklisestä liikkeestä, jossa eräät trendit ja paradigmat nousevat tietyn väliajoin pintaan. ”Sosiologisen oikeusopin sotahuuto on siis: kirjat pois ja suoraan todelliseen ihmiselämään ja sen liikkeeseen!” lausui nimimerkki F. O. L. – eli

16 Ho 2008, s. 47 – 48.

17 Niinpä common law:ssa ratkaisulta saatetaan edellyttää *rectitudea* – hiukan vaikeasti kääntyvä ilmaisu. Samanlainen on edellytys, että ratkaisun tulee olla *safe*.

18 Prosessioikeutta on verrattu jopa taitelijan tekemässä taulussa oleviin raameihin, jotka eivät koskaan saisi saada määräävää merkitystä teoksen arvostelussa; Kilpi 1993, s. 90. Hänen mukaansa prosessioikeus oli aikaisemmin eli 1920- ja 1930-luvulla saavuttanut Suomessa yliarvostetun aseman ja ”kehittynyt lähes opiksi niistä keinoista, joilla aineellisesti oikeutettu voidaan estää pääsemästä tuomioistuimissa oikeaan ratkaisuun”. Ks. näiden näkemysten taustoista Virolainen 1995, s.16. Kilpi on saattanut kuitenkin olla sikäli oikeassa, että käräjien käynnissä vielä ainakin 1950- ja 1960-luvulla esiintyi asiamiehiä, jotka yrittivät kääntää jutun päämiehelleen suotuisaksi tekemällä prosessiväitteen toisensa jälkeen.

19 Virolainen 1999, s. 119: ”Entisenä tuomarina voin todeta, että tuomarikunta on etenkin ali- ja hovioikeusportaassa melko pragmaattista väkeä. Tuomarit eivät enenkään prosessuaalisia ratkaisuja käsittelyn aikana tehdessään katso niinkään menneisyydessä tehtyihin päätöksiin eivätkä juuri tutki lainsäätäjän tarkoitusta, vaan pyrkivät kussakin tapauksessa mielestään käytännöllisesti parhaiksi kokemiinsa menettelyihin.”

20 Joidenkin käytännössä toimineiden tuomarien ja muiden oikeuslalla toimijoiden kirjoituksissa näkyy law in action -näkökulma. Virolainen 1995, s. 112 – 124 tarkastelee ”ideaaliprosessia” ja vertaa sitä tuonaikaiseen käytäntöön. Hänen näkökulmansa keskittyy kuitenkin järjestelmän (sittemmin paljolti korjattujen) epäkohtien havaitsemiseen ja niiden parannusehdotuksiin, ei niinkään siihen, miten käytäntö eroaa teoreettisista kirjallisuuden esityksistä. – Tulokas 2001, s. 199 – 208 esittää painavia käytännön näkökohtia vuoden 1993 alioikeusuudistukseen ja 1998 hovioikeusuudistukseen liittyneistä ongelmista. Hän muun ohella katsoo s. 203 toiseikaston ja todistelun painottuneen alioikeusuudistuksessa liaksi ja arvelee erääksi syyksi tähän, että liikkeelle lähdettiin liian yksinkertaisista jutuista: uudistusten pohjana olleet käsittelymallit ja koulutuksessa käytetyt esimerkit koskivat asioita, joihin ei liittynyt juurikaan juridisia ongelmia. Tulokas pitää s. 200 eräänlaisena perusvirheenä myös sitä, että säännökset ovat varsin joustamattomia. Hän viittaa s. 202 – 203 siihen, että preklusiosäännösten on esitetty aiheuttavan sen, että oikeudenmenetyksen välttämiseksi ”kaiken varalta” vedotaan erilaisiin, asian kannalta ehkä etäisiinkin seikkoihin ja todistuskeinoihin. Hän arvelee tämän olevan osasyynä käsittelyaikojen pitkittymiseen. Preklusiosäännökset ovat sinänsä tarpeellisia prosessin keskittämisen turvaamiseksi, mutta ”niiden liian tiukka tulkinta kertoo ... siitä, ettei oikeudenkäynnin luonnetta asian etenevänä, vuorovaikutteisena selvittelynä – prosessina – ole oikein ymmärretty. Oikeudenkäynnissä tulee olla liikkumavaraa. Se ei ole näytelmä, jonka kaikki vuorosanat on edeltä käsin kirjoitettu”, hän toteaa.

Frans Oskar Lilius – vuoden 1910 Lakimiehessä esitellessään Saksassa tuolloin läpimurtoa tekevää ”vapaa-oikeuskoulua”.²¹ Sotahuuto ei ollut ensimmäinen eikä jäänyt viimeiseksi.

Erland Tybjergin kuuluisaan väitteeseen siitä, että todistustaakassa on kysymys ”prosessioikeuden konkurssijulistuksesta”²², Per Olof Bolding totesi, ettei todellisuutta ole mahdollista rekonstruoida täydellä varmuudella ja ettei käy päinsä vaatia, että sellaista tulisi aina edes yrittää. Näistä syistä todistustaak-
kasääntöjä tarvitaan. Useissa tapauksissa voi olla niin, ettei kovinkaan haittaa, vaikka tuomioistuin ratkaisee jutun melko epätäydellisen oikeudenkäyntiaineis-
ton pohjalta, ja tällöin voidaan yleensä jättää asianosaisten määrättäväksi, miten laajaa tämä aineisto on. Suuria haittoja olisi järjestelmässä, jossa tuomioistui-
men pitäisi aina pitää huolta siitä, että selvitys tulisi jutussa niin täydelliseksi kuin mahdollista.²³

Oikeudenkäynti tapahtuu omassa toimintaympäristössään, jonka kanssa se on vuorovaikutuksessa.²⁴ Toimintaympäristö vaikuttaa prosessiin monenlaisilla tavoilla, ja prosessi puolestaan muokkaa osaltaan yhteiskunnallista todellisuutta. Omien – melko pitkäaikaiseen ”testaukseen” perustuvien – havainnointieni mukaan käytännön tuomarit ovat hyvin selvillä sekä siitä, mitä ympärillä tapahtuu, että roolistaan tässä kokonaisuudessa.²⁵

21 Lilius 1910, s. 138 – 147.

22 Tybjerg 1904, s. 1: ”Det er netop en Slags Retsplejens Fallit-Erklæring, naar Dommeren i Sag af Mangel paa Bevis for et eller andet væsentligt Punkt maa gribe til Bevisbyrde-Reglerne, der sige ham, hvilken af Parterne denne Mangel paa Klarhed skal gaa ud over.”

23 Bolding 1951, s. 15 – 16. Bolding viittaa selvitysvollisuuden laajuuden kohdalla dispositiivisten ja indispositiivisten juttujen erotteluun.

24 Torjuttuaan tuomioistuinmenettelyn luonnehtimisen praktiseksi diskurssiksi konkreettisten asianosaisten kohdalla Tuori 1990, s. 262 – 264 erottaa heidän piirinsä lisäksi kaksi muuta asteittain laajenevaa piiriä, joiden näkökulmasta lainkäytön legitimiisyyttä ja samalla sen diskursiivista luonnetta voidaan lähestyä: suppean oikeusyhteisön (lakimiehet ja muut juridisen asiantuntijakulttuurin kantajat) ja laajan oikeusyhteisön (myös tavalliset kansalaiset). Perusteluissa, jotka on esitetty lainkäytön diskursiivisen luonteen kytkemiseen suppeaan oikeusyhteisöön, Tuori näkee pääongelman keskustelun osanottajissa: suppean oikeusyhteisön käsite rajoittaa diskurssiin osallistumisoikeutta tavalla, joka ei ole sopusoinnussa praktisen diskurssin ideaalimallin kanssa. Laajan oikeusyhteisön kohdalla ongelmana taas on asiantuntijakulttuurien ja asiantuntijadiskurssien eriytyminen yhteiskunnan jäsenten arkipäivästä.

25 Vrt. Aarnio 1996, s. 226: ”Tuomari tai asianajaja ei juurikaan kysele empiriaa, tuskin edes valistunut maallikko. He kaikki kysyvät: mitä pitää tehdä? Ja sen selvittäminen on harvinaisen hankala juttu”, ja Tuori 2000, s. 6: ”Tyypillinen lakimies ... ei ole kiinnostunut oikeuden yhteyksistä yhteiskuntaan”. Kriittisesti näihin väitteisiin Ervasti 2004, s. 224.

1.2 Todistusoikeus osana prosessioikeutta

1.2.1 Mitä todistusoikeus on? Todistelumenettelyä ja todistusharkintaa

Todistelu oikeudenkäynnin tasolla jaetaan yleensä kahteen pääosaan, toisaalta todistelumenettelyyn eli todisteiden esittämiseen ja vastaanottamiseen, ja toisaalta todistusharkintaan. Todistelumenettelyssä aktiivisia ovat asianosaiset, kun taas todistusharkinta on tuomioistuimen asiaana. Todistelumenettely on osa tuomioistuimessa avoimesti käytävää ja menettelysääntöjen ohjaamaa prosessia, todistusharkinta taas voittopuolisesti henkinen ilmiö, jossa sovelletaan lähinnä epistemologian piiriin luettavia päättelysääntöjä. Näillä kahdella pääosalla on tiivis vuorovaikutus keskenään: yksinkertaistaen voi sanoa, että todistelumenettely määrää todistusharkinnan puitteet, ja päin vastoin, todistusharkinnan onnistuminen edellyttää, että sen piiriin todistelussa saadaan relevantti aineisto.

Olenainen fundamentti todistelussa on, missä määrin sen mainitut ainesosat, todistelumenettely ja todistusharkinta, on sidottu lainsäätäjän toimin tai common law -järjestelmissä ennakkopäätösten avulla. Kysymys on siitä, min-kälaisen vapaan toimintamahdollisuuden lainsäätäjä on antanut todisteluun liittyvissä kysymyksissä tuomioistuimelle: millainen on harkinnan vapaus. Voimakkaasti yksinkertaistaen voinee sanoa, että oikeusjärjestelmissä universaalisesti noudatetaan lähtökohtaisesti vapaata todistusteoriaa. Erot ovat mannermaisten ja common law -oikeusjärjestelmien kesken kyllä huomattavia, mutta ehkä osittain häviämässä.

Mitä todistusharkinnan vapaus käytännössä tarkoittaa? Järkevästi on kysytty, voiko vapaudesta kirjoittaa väitöskirjaa.²⁶ Sääntö todistusharkinnan vapaudesta on eräänlainen metanormi, joka ei itsessään kerro kovin paljon. Vapaus oikeuden piirissä ei koskaan ole absoluuttista, vaan sillä on rajoituksensa. Metanorminkin vapauden olemassaoloa koskeva sääntö voi jo itsessään sisältää viittauksen esimerkiksi harkinnan huolellisuuteen, ja vapauden itsestään selvänä yleisrajoituksena on mielivallan kielto. Harkinnan vapauden konkreettisempi sisältö määrittyy kuitenkin luontevimmin kahdesta muusta sitä rajoittavasta lähteestä: toisaalta harkintaa suoranaisesti koskevista lain ja prejudikaattien normeista, toisaalta sen välillisempien rajoitusten kautta. Esimerkkinä edellisestä voivat olla yleiset näyttökynnyssäännöt, jälkimmäisistä presumptiot. Vapaus osoittautuu melkoisen ”rosoiseksi”. Tämä merkitsee samalla myöntävää vastausta jälkimmäiseen kysymykseen.

26 Näin kysyi Frände 2012 – 2013, s. 471, toimiessaan vastaväittäjänä Lainpellon väitöskirjalle Stödbevisning i brottmål vuonna 2012. Tekstissä olevasta myöntävästä vastauksesta on kiittäminen muun ohella Wallermania 2015, s. 23 – 24.

Todistusharkinnan vapaudella tarkoitan oikeudellista vapautta laajasti, esimerkiksi legaaliseen todistusteoriaan peilaamalla, ymmärrettynä. Luonnollisesti näyttötuomari joutuu havainnoidessaan ulkomaailmaa ja suorittaessaan todistusharkintaa noudattamaan myös kokemuseräisiä tai koulutukseen perustuvia, ei-oikeudellisiakin päättelysääntöjä. Säännöt voivat olla myös esimerkiksi luonnontieteellisiä tai taloustieteellisiä. Näitä en tässä vapauden kannalta erityisesti käsittele.

Todistusharkinnan vapauden rajoituksista ehkä tällä hetkellä kiistellyin on kysymys näyttötuomarin toimivallasta näyttökynnyksen suhteen: onko hänellä toimivalta päättää siitä, miten korkea näyttökynnys on, ja siis kynnyksen joustavuudesta, ylipäättään tai ehkä jutun tai juttutyypin mukaan. Tältä kannalta toinen debatin kohteena olevan kysymys, ”kuuluuko” näyttökynnys todistustaakan vai todistusharkinnan piirissä tarkasteltavaksi, ei vaikuta erityisen relevantilta: vaikka näyttökynnys on osa todistamiseen kohdistuvaa vaatimusta, se vaikuttaa olennaisesti juuri todistusharkinnassa. Tätäkin riitakysymystä kuitenkin käsittelen jäljempänä.

Todistelu on pääosin menneen maailman, siinä vallinneiden asiantilojen, rekonstruoimista tai tällaisen rekonstruoimisen yrittämistä. Joissakin tilanteissa todistelu suuntautuu nykyhetkeen. Monet todistelun kohteet, todistusteemat, kohdistuvat tulevaisuuteen;²⁷ niissä on yleensä kysymys sellaisten seikkojen toteennäyttämisestä, jotka on erilaisten harkintamallien kautta pantava tietynlaisen (kulloinkin vaaditunlaisen) ennusteen pohjaksi. Näitä sisältyy tyypillisesti rikosasian seuraamusharkintaan,²⁸ mutta niitä on myös riitajutuissa, esimerkiksi arvioitaessa laittomasti irtisanotun työntekijän työllistymismahdollisuuksia tulevaisuudessa korvauksen määrään vaikuttavana tekijänä tai – mikä muodostaa vielä vaikeamman työkentän – vahinkoa kärsineen nuoren ihmisen ammatti- ja tuloennusteen laatiminen vahingonkorvauksen suuruutta määrittävänä tekijänä. Erityyppiset lasten huoltoon liittyvät asiat muodostavat laajan ja useasti vaikean tehtäväkentän ennusteiden muodostamisessa ja niiden rakennuspuiden, näytettävien tosiseikkojen, evaluomisessa.

Todistelu ja todistusoikeuden piiriin luettava prosessivaihe ei rajoitu todistelun vastaanottamiseen pääkäsittelyssä ja sitä seuraaviin vaiheisiin, ei edes tuomioistuimen seinien sisäpuolelle. Jo mahdollista oikeudenkäyntiä

27 Ho 2008 s. 7 – 8; Damaška 1998, s. 299 – 300: ”adjudikatiivinen fact-finding ei ole pelkästään historiallisten tapahtumien rekonstruoimista. Kun useimmat tosiseikat, joita pyrimme näyttämään toteen, ovat kyllä menneisyydessä, toiset ovat olemassa selvityksen aikana. Lisäksi eräät, erityisesti nykypäivän massaoikeudenkäynnissä todistelun kohteina olevat, tosiseikat koostuvat tulevien tapahtumien ennusteista.”

28 Triviaali esimerkki tulevaisuuden faktoihin kohdistuvasta todistelusta on rikosprosessissa tavallinen todistelu siitä, millaisia (useimmiten kohtuuttomiksi väitettyjä) seuraamuksia tietyllä ratkaisuvaihtoehdolla syytetylle olisi. Tyypillinen todiste on rattijuopumusjutussa esitetty työnantajan (kirjallinen!) todistus siitä, miten kipeästi syytetty tarvitsee ajokorttia ja siten lyhyttä ajokieltoa. – Myös vahingonkorvaus- ja työoikeudessa joudutaan luotaamaan usein tulevaisuutta ja todistelemaan esimerkiksi menetettyjen tuottojen tai tulojen fiktiivistä määrää.

suunniteltaessa asianajajat joutuvat miettimään ne keskeiset väitteet, joita heidän on päämiestensä puolesta esitettävä, ja ne keinot, joilla nämä väitteet voitaisiin näyttää toteen. Väitteiden ja todisteiden kartoittaminen voi kantajapuolella tapahtua hyvissä ajoin ennen prosessia, mutta myös vastaajapuolella voidaan näihin tehtäviin usein varautua ajoissa, koska oikeusriidan mahdollisuus on ollut vähintäänkin ”ilmassa”, ennen kuin haaste annetaan tiedoksi. Viimeistään tuomioistuimen valmistelussa tapahtuu väitteiden ja todisteiden kartoittaminen. Todistusoikeudelliset normit ja oikeuskäytäntö sääntelevät siinä tehtäviä todisteluun liittyviä prosessinjohtotoimia.

Todistelumenettelyn ulkoinen kulku määräytyy suurella määrällä sen mukaan, kenellä on näyttövelvollisuus jutussa ja sen eri seikoista. Todistustaakan tunteminen on niin tuomioistuimelle kuin asianosaisille tärkeää. Todistelumenettelyllä luodaan pohja todistusharkinnalle. Todistusharkinta on tavallaan todistelumenettelyn elonkorjuuta: jos sato on huono, korjuumies ei voi asiaa auttaa. Todistusharkinnan muotoutumiseen vaikuttavat lisäksi muut todistelumenettelyä strukturoineet seikat, kuten näyttökynnyksen määräytyminen, todistelussa käytetyt seikastot ja niiden suhteet toisiinsa ynnä muut perustavanlaatuiset piirteet.

Käytän todistusharkinnan työmääritelmänä Eero Backmanin kiteytystä, joka viittaa harkinnan tulokseen:

”Sen kannalta, mitä tuomari tietää hänelle tulleen informaation perusteella, hän pitää rationaalisena uskoa, että tietyt asiat ovat tosia ja ottaa tämän uskomuksensa päätöksensä premissiksi.”²⁹

Suomen oikeustieteen perinteellisen ydinkysymyksen on sanottu olevan sen selvittäminen, mikä Suomen voimassa olevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä on. Tälle kysymyksenasettelulle ei tunnetusti ole aina annettu mielekkään tieteellisen tehtävänasettelun arvoa.³⁰ On myös huomautettu, että tämän ohella tai sijasta on oikeustieteellisessä tutkimuksessa paljolti keskitytty siihen, miten oikeudesta voidaan saada tietoa.

Kumpikaan näistä tutkimuskohteista ei nähdäkseni ole todistusoikeudelle ainakaan keskeinen kysymyksenasettelu. Se on viime kädessä mahdollisuus totuuden hyvään selvittämiseen, mikä on niin ontologinen kuin episteeminenkin kysymys. Episteemiset kysymykset keskittyvät pääosin³¹ kanteen tai syytteen

29 Backman 1970, s. 1050.

30 Kivivuori 1969, s. 26. Hän nimittää kysymystä ”Suomen oikeustieteen perinteelliseksi ydinkysymykseksi.” – Olettaisin kyllä oikeustieteellisen tutkimuksen jo aikoja sitten luopuneen tämän kysymyksen osalta ainakin sen ”yksinvaltiudesta”.

31 Todistelu voi määrätyissä puitteissa kohdistua myös oikeuden ja kokemuksen sääntöihin.

tosiasia-aineiston selvittämiseen. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa eivät todistusoikeudelliset kysymyksenasettelut saa useinkaan osakseen monta sivua.

Todistusoikeudella on kuitenkin liittymäkohtia yleisiin oikeusteoreettisiin oppeihin. Käytännön tasolla myös todistusoikeudessa kysytään ”voimassa olevan oikeuden” kantaa. Esimerkiksi kysymys, kenellä on todistustaakka ja miten sen jakautuminen tai vaativuus määräytyy, on hyvinkin aineellisoikeudellinen: kysymyksiin voi olla vaikea vastata, jos perinteinen kysymys sivuutetaan. Eräät tutkijat ovat varsinkin menneisyydessä pitäneet todistustaakkaa suorastaan osana aineellista oikeutta, jonka tulkinnasta siis olisi kysymys. Aineellinen oikeus ohjaa myös todistelun presumptioita. Eräisiin todistusharkinnan keskeisiin käsitteisiin liittyvät, melko kivettyneet opit juontavat juurensa suoraan skandinaavisesta oikeusrealismista ja sen lähteistä. Todistusharkinta sisältää erilaisten argumenttien punnintaa, jotka argumentit ovat luettavissa oikeus- ja yhteiskuntafilosofian piiriin. Varsinkin matemaattisten todistusteorioiden kohdalla törmätään nopeasti yhteiskunnallisiin arvostuksiin siitä, mikä on tavoiteltavin, ”oikein” vaihtoehto. Todistusoikeuden keskeinen piirre, vapaa todistusteoria, sisältää oikeusfilosofisia kysymyksenasetteluja. Perus- ja ihmisoikeusjuridiikalla on yhä kasvava ohjausvaikutus tähän vapauteen.

Myös todistelumenettelyyn liittyy pulmakysymyksiä, joissa voimassa olevan oikeuden kantaa tarvitaan; todistuskieltokysymykset ovat näistä tyypillisiä ja ehkä useimmin esiintyviä.

Totuuden selvittämisen dynamiikassa voidaan hyödyntää relationaalista ajattelumallia. Tätä havainnollistavat Per Olof Ekelöfin käyttämät käsitteet bevisbördepunkt ja bevisvärdepunkt.³² Ekelöf on asettanut nämä pisteet suhteeseen toisiinsa yhteiselle asteikolle. Pisteet kuvaavat todistelutilannetta tietyinä hetkenä. Bevisbördepunkt, todistustaakkapiste, kuvaa vaatimusta: millainen vahvuus³³ näytöllä tulee silloin olla, jotta se riittää todistamaan oikeaksi todistelun kohteena olevan seikan. Bevisvärdepunkt, todistusarvopiste, taas kuvaa sitä arvioitua vahvuutta, jonka seikan tueksi esitetty näyttö kuvaushetkellä antaa. Näiden pisteiden keskinäinen suhde on keskeinen todistusharkinnalle. Kummankin pisteen sijaintiin vaikuttavat useat tekijät, mutta pisteet ovat joka tapauksessa keskenään vuorovaikutuksessa.

Kun Tauno Tirkkonen julkaisi vuonna 1949 edellisen vuoden 1948 alusta voimaan tulleen OK 17 luvun kommentaarinsa, hän antoi teokselleen nimeksi ”Uusi todistuslainsäädäntö”. Nimi vastasi sisältöä. Voidaanko tänä päivänä kuitenkin ajatella, että todistusoikeudelliset säädökset, säännöt, periaatteet, käytännöt ja sen erityisesti todistusharkinnan puolella muista tieteistä lainaamat työkalut

32 Ekelöf 1977, s. 71.

33 Näytön vahvuuden (bevisstyrka) ”yksikkö” on tässä, niin kuin moniaalla muuallakin, todennäköisyys ja sen asteet.

muodostavat sellaisen kokonaisuuden, että voidaan puhua yhteisestä oikeuden tai vieläpä tieteenalasta, todistusoikeudesta? Tai onko niin kuin *Felaktigt dömda* -projektin työryhmän puolesta esitettiin kiivaassa ruotsalaisessa debatissa vuonna 2006: ”Bevisvärdering är inte någon juridisk vetenskap, i vart fall inte någon rättsdogmatisk sådan.”³⁴ Tosin kirjoittajat antoivat hiukan peräksi: ”Voidaan kuvitella oikeustieteellisesti suuntautunutta tietoteoreettista tutkimusta, joka suuntautuu oikeuslaitokseen. Sellaisessa tapauksessa on kysymys samantalaisesta aputieteestä kuin esimerkiksi todistajanpsykologia.”³⁵ – Harjoittavako siis maan sadat ja maailman tuhannet tuomarit päivittäin aputiedettä, kun he arvioivat näyttöä ja siten ratkaisun edellytyksiä – aputiedettä, jota voidaan sentään kuvitella?

Tuossa debatissa myös silloinen oikeuskansleri Göran Lambertz, joka työryhmän oli asettanut, esitti puheenvuoron. Hän oli ärtynyt raporttia kritisoineelle Christian Diesenille siitä, että tämä suurelle yleisölle leimasi työryhmän työn epätieteelliseksi. Kuitenkin myös Lambertzin mukaan ”sellaista, puhtaasti intellektuaalista keskustelua täytyy joissakin olosuhteissa voida käydä” – hän tarkoitti kysymystä, onko vapautettu henkilö syyllinen. Tosin hän sanoi tämän verhotusti ja voimakkaasti varoitti sallimasta kenenkään käydä sellaisesta asiasta kampanjaa.³⁶

Common law -järjestelmän maissa todistusoikeus näyttää muodostavan melko pitkälle eriytyneen oman oikeudenalansa. Pitkälti vanhoihin mutta yhä uudestaan oikeuskäytännössäkin siteeraattaviin tutkijoihin, kuten John Henry Wigmoreen, pohjautuvan tradition mukaan todistusoikeus voidaan sielläkin jakaa kahteen pääosaan. Ensimmäiseen kuuluu laajaa oikeudellinen doktriini, joka koskee menettelysääntöjä, kuten todistajien kelpoisuutta ja näiden kuulemistelua, ja todisteiden (esimerkiksi hearsay-todistelun) poissulkemisen sääntöjä. Toiseen kuuluu tosiseikkojen ”löytämisen” ja ratkaisemisen (fact-finding) prosessi, johon sisältyy todisteiden relevanssin ja painoarvon määrittäminen ja liittyvät päätelmien tekeminen.³⁷

34 Axberger ym. 2006 – 2007, s. 986. He viittaavat alaviitteessä 20 Lindelliin 2005, s. 397: ”Bevisvärdering anses i motsats till rättsstillämpning vara en kunskapsteoretisk verksamhet. Den bygger på vår kunskap om verklighetssammanhangen, medan rättsstillämpning innehåller ett viljande inslag, en viljeyttring om hur det bör vara”. (Toisin kuin siteeraajat, Lindell kursivoi sanat kunskapsteoretisk ja viljande.)

35 Axberger ym. 2006 – 2007, s. 986 alaviite 20. Tämä kiivas kannanotto oli vastaus Diesenille 2006 – 2007, s. 232 – 233. Hän oli arvostellut *Felaktigt dömda* -raporttia seuraavasti: ”Huomiota herättävä oikeustieteellisestä näkökulmasta on väite, etteivät HD:n monet ennakkoratkaisut alueella eikä prosessioikeudellinen doktriini anna mitään käytännön opastusta tuomioistuimille, kun on kysymys näytön arvioimisesta. ... Ei tosiaanakaan ole tavanomaista, että akatemian edustaja antaa matkapassit, ei pelkästään kaikille HD:n ratkaisuille tietyllä alueella, vaan myös kaikille oikeustieteellisen tieteenalan edustajille, jotka ovat yrittäneet tulkita näitä ennakkoratkaisuja. (Tässä yhteydessä Diesen kysyy alaviitteessä 6, miksi projektissa oli käytetty ’straffrättarea’ eikä prosessioikeuden spesialistia.)

36 Lambertz 2006 – 2007, s. 799 ja alaviite 1.

37 Ho 2008, s. 32.

Mannermaisten ja common law'hon perustuvien oikeusjärjestelmien välillä on sekä todistelumenettelyn että todistusharkinnan toimintojen kohdalla melkoisesti eroja, eivätkä erot ole pelkästään terminologisia. Jo common law -järjestelmän prejudikaattikeskeinen case law'n luonne sekä siihen liittyen erityisesti amerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä todistelusääntöjen runsaus ovat huomattavia eroja suhteessa mannermaalla vallitsevaan vapaaseen todistusteoriaan, johon kuuluvat todistelun vapaus ja todistusharkinnan vapaus. Oman piirteensä antaa valamiehistön käyttö näyttökysymyksen ratkaisijana. Kuitenkin myös common law -tutkijat puhuvat vapaasta todistusteoriasta. Lentäväksi lauseeksi näyttävät tulleen William Twiningin vertaukset, esimerkiksi Englannin todistelusääntöjen vertaaminen gruyere-juustoon: reikiä on enemmän kuin juustoa, todistelusäännöt muodostavat enää harvan verkon ja rei'istä näkyy taustalla oleva vapaa todistusteoria.

Asbjørn Strandbakken on luonnehtinut todistusharkintaa psykologiseksi prosessiksi, joka tapahtuu silloin, kun on otettava kantaa menneen ajan tapahtumainkulkuun.³⁸ Tämä pitää nähdäkseni paikkansa, mutta ei ole kattava kuvaus.³⁹ Todistusharkinta voi suuntautua menneisyyden ohella nykyhetkeen ja tulevaisuuteen. Merkittävin piirre on kuitenkin, että harkinnassa oikeustiede ja muut tieteet lyövät kättä: juridiikan ohella tai sijasta sovelletaan psykologian lisäksi ainakin epistemologiaa, luonnontieteitä, lääketiedettä, filosofiaa, logiikkaa, tilastotiedettä, todennäköisyyslaskentaa ja historiatiedettä. Eroja muuhun samantyyppiseen, todennäköisyyksiä käyttävään arviointiin on luonnollisesti olemassa.

Suomen Asianajajaliitto luonnehtii Todistelutoimikunnan mietinnöstä antamassaan lausunnossa näytön arviointia eli todistusharkintaa näin:

”Näytön arviointi on ylivoimaisesti tärkein oikeudenkäynnin lopputulokseen vaikuttava vaihe.”⁴⁰

1.2.2 Mitä todistusharkinta on – onko se juridiikkaa?

1.2.2.1 Yleistä

Mitä on todistusharkinta? Todistusharkintaa suorittavat tuomioistuimet, kun ne arvioivat niille esitettyä näyttöä ja tekevät siitä johtopäätöksiä. Todistusharkintaa ja ”todistusharkintaa” tapahtuu kuitenkin paljon muuallakin. Arkielämässä ihmiset arvioivat ”todisteita” hyvin monenlaisissa tilanteissa, monenlaisin mittapuuin ja monenlaisiin tarkoituksiin. Kulunein esimerkki lienee sateen

³⁸ Strandbakken 2003, s. 59.

³⁹ Ks. myös Ho 2008, s. 49: todistusharkintaa ei voida kuvata täydellisesti kognitiivisin termein.

⁴⁰ Lausuntokooste 30/2013, s. 48.

ennustaminen, jos taivaalla on synkkiä pilviä. Lähes joka tieteenalalla harjoitetaan todisteiden – näytteiden, otosten, ennusteiden, historian merkkihenkilöiden lausumien ja muistiinpanojen – arviointia.⁴¹

Juridiikan alallakin harkitsijoita on paljon muitakin tuomarin lisäksi. Henkilö, joka tuntee joutuneensa oikeudenloukkauksen kohteeksi, arvioi itse, kannattaako hänen lähteä käymään oikeutta – riittävätkö todisteet? Samaa arvioi hänen asianajajansa. Vastaava tilanne on vastapuolella: olisiko parempi yrittää sopia heti. Jos epäillään rikosta, poliisi arvioi, onko saatavissa näyttöä sen tueksi, ja onko tutkinta päätettävä. Syyttäjä arvioi saamaansa aineistoa: riittääkö näyttö syytteen nostamiseen. Oikeudenkäynnin aikana asianosaisten arviointi ainakin taka-alalla jatkuu (”kannattaako tätä jatkaa?”). Jos tuomio on vastainen, uusi harkinta tehdään muutoksenhaun pohtimiseksi, ehkä useammakin vaiheessa.

Esitekseni rajoittuu tuomioistuimen, näyttötuomarin, osalle lankeavaan harkintaan. Yksinään istuva tuomari on samalla näyttötuomari, kollegiossa kaikki jäsenet ovat sellaisia. Myös juryn valamiehet ovat näyttötuomareita. Kaikki ovat fact-findereitä.

1.2.2.2 Lainpellon argumentointia

Katrin Lainpelto perustelee Ruotsin rikosprosessin tukitodistelun ottamista väitöskirjansa aiheeksi kolmella argumentilla.⁴² Noilla seikoilla on nähdäkseni tukitodistelukysymystä laajempaa kantavuutta arvioitaessa todistusoikeuden ja todistusharkinnan roolia oikeudenkäytön järjestelmässä.

Ensimmäinen on todistusharkinnan merkitys systeeminäkökulmasta. Rikosprosessin funktio voidaan nähdä joko rikollisuutta torjuvaksi tai oikeusturvaa turvaavaksi, ja hän arvioi voitavan väittää, että Ruotsin rikosprosessin funktiota leimaa ennen kaikkea jälkimmäinen. Virheellisten tuomioiden lukumäärän minimoimisessa todistusharkinnalla on ratkaiseva osa ja sillä voi siksi sanoa olevan suuri merkitys rikosprosessin funktion ja siihen liitettyjen arvojen ylläpitämisessä.⁴³

Toiseksi keskustelu voidaan liittää siihen vapauteen, jonka vapaan todistusharkinnan periaate sääntelee. Legaalisia todistelusääntöjä ei enää sovelleta. Vapautta leimaa luonnontieteellinen, vahvasti rationaalisuuteen sitoutunut näkökulma: RB 35:1.1:n mukaan oikeuden on tutkittava ”kaikki”, mitä on tullut esiin. Sen mukana tulee luonnollisesti tietty määrä subjektiivisuutta, ja subjektiivisuuden vaikutusta

41 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71 – 72 ja Twining 2006, s. 449, ovat kartoittaneet ”substance-blind” lähestymistapaa eri tieteiden välille totuuden selvittämiseen.

42 Lainpelto 2012, s.12 – 15. Kursivoinnit Lainpellon.

43 Lainpelto 2012, s.12 huomauttaa, että rikosprosessin funktioiden ei ainakaan todistusharkinnan osalta tarvitse olla keskenään ristiriidassa: korkeatasoinen todistusharkinta voi edistää sitä, että virheellisten tuomioiden, niin vapauttavien kuin langettavienkin, määrä vähenee. Kursivointi Lainpellon.

vahvistaa se, että monia sovellettavia kokemuslauseita voidaan kuvata häilyviksi ja vaikeiksi objektiivisesti määritellä. Tämä selittää uutta RB:ia käyttöönotettaessa esitetyt epäilykset, joihin sisältyi pelkoa mielivaltaisia ratkaisuja kohtaan, samanlaisen kohtelun periaatteen vaarantamista kohtaan ja sitä kohtaan, että vapaus loisi turvattomuutta, kun lopputuloksia ei aina voitaisi ennakoida kohtuullisella varmuudella. Kysymykseen, miten vapaata annettu vapaus oikein on, Lainpelto viittaa tulkinnassa RB:n esitöiden mukaan huomioon otettavista yleisen tason periaatteista seuraaviin objektiivisuus-, selvittämis-, analysoimis- ja aineistonrajoittamisvaatimuksiin⁴⁴, joista lähinnä kahdella ensimmäisellä on merkitystä todistusharkinnan vapaudelle. RB:n esitöiden mukaan todistusharkintaa tulee leimata objektiivisuus, joka varmistetaan sillä, että tuomarin vakuuttuneisuutta tulee tukea perusteilla, jotka muut ymmärtävät henkilöt voivat hyväksyä. Vaikka todistusharkinta ei ole enää luonteeltaan oikeuden soveltamista, voidaan väittää vapauden olevan suhteellista, relatiivista, so. positiivista vapautta, vapautta johonkin.⁴⁵ Sitä voidaan myös rajoittaa.⁴⁶

Kolmanneksi⁴⁷ voidaan väittää, että todistusoikeus tarvitsee oman teoriansa ja tutkimuksensa. Eri tieteiden välillä on eroja siinä, minkätyyppistä todistelua käytetään, mitä metodologiaa käytetään kun näyttöä käsitellään, mihin päämääriin pyritään ja mitä varmuutta halutaan ja mihin varmuuteen voidaan päästä. Lisäksi todistusteemaa koskevaa johtopäätöstä ohjaa suuresti se näyttö, joka todellisuudessa on jäljellä ja johon vedotaan. Sitä ”totuutta”, joka saavutetaan, rajoittavat useat tekijät, muun muassa se, että tutkinnan kohteena on vain todistusteema, ja lopputulosta ohjaa se näyttö, joka on tosiasiallisesti saatavissa ja johon vedotaan. Voidaan väittää, että juridinen johtopäätös jossakin mielessä ilmaisee vain ”funktionaalisen” totuuden. Luonnontieteissä pyritään jonkinasteiseen verifioitavuuteen, kun taas juridinen todistusharkinta käsittelee useimmiten menneisyyden inhimillisiä tapahtumia, joita harvoin voidaan toistaa niiden verifioimiseksi. Luonnontieteet pyrkivät objektiivisempaan totuuteen, kun taas juridinen johtopäätös ei useinkaan voi ilmaista muuta kuin todennäköisyyden eri asteita. Monet erot muihin tieteisiin selittyvät rikosprosessin muotoilulla: ei voida jäädä odottamaan tulevia tutkimuksia. Todistusoikeuden epistemologisen luonteen vuoksi sitä voidaan nimittää poikkitieteelliseksi, ja se soveltaa usein juridikaan ydinalueen ulkopuolella olevia tietoja, matematiikkaa, logiikkaa, psykologiaa

44 Lainpelto 2012, s. 13 viittaa Lindelliin 1987, s. 103, joka on koostanut tämän vaatimusluettelon RB:n esitöiden pohjalta.

45 Ymmärrän ilmaisun ”ei enää luonteeltaan oikeuden soveltamista” (”inte längre har karaktären av rättstillämpning”) tarkoittavan vertailua aikaisempaan eli legaaliseen todistusteoriaan. Kursivointi Lainpellon.

46 Lainpelto 2012, s. 13 – 14 tuo tässäkin esiin, että ruotsalainen todistusoikeusdoktriini on RB:n uudistuksen jälkeen pyrkinyt siihen, että todistusharkinnan on noudatettava objektiivisia kriteereitä muun muassa yhdenmukaisuuden aikaansaamiseksi ja liian suuren subjektiivisuuden määrän ja mielivallan vähentämiseksi. Ks. myös Ekelöf 1964, s. 48 ja Lindell 1987, s. 98.

47 Lainpelto 2012, s. 14.

ja filosofiaa.⁴⁸ Tämän aineen erityislaadun vuoksi ei paljoa opetusta todisteluopista ja todistusharkinnasta ole annettu. Myös angloamerikkalainen Law of Evidence on käsitellyt lähinnä todistusharkintaa rajaavia oikeussääntöjä.⁴⁹

Lainpelto toteaa yhteenvedonomaaisesti, että todistusharkinnalla on suuri käytännön merkitys. Vapaata harkintaa rajoittaa mm. objektiivisuus ja rationaalisuus, jotka tulevat ilmi muun muassa oikeusvarmuuden, yhdenvertaisen kohtelun ja ennalta-arvattavuuden periaatteissa. Tämän vuoksi doktriini oli aiemmin kiinnostunut kehittämään metodeita näiden arvojen varmistamiseksi. Huolimatta ponnisteluista sitä vastaan, että asetettaisiin puitteita vapaalle harkinnalle, voidaan edelleen havaita vastentahtoisuutta todistusharkinnan laajempaan teorianmuodostukseen ja eräiden todistusoikeuden käsitteiden määrittelymiseen. Tässä hiukan paradoksaalisessa tilanteessa näkyy dynaaminen suhde toisaalta vapaan todistusharkinnan periaatteen ja toisaalta niiden vaatimusten välillä, jotka haluamme asettaa todistusharkinnalle.⁵⁰

1.2.2.3 Todistusharkinnan toimintaympäristöstä. Tyhjiö, taistelu vai sovinto?

Jürgen Habermas on kuvannut todistelutapahtumaa siten, että prosessilait sääntelevät tapahtumien kulkuun keskittyvän todistusten vastaanottamisen suhteellisen tiukasti ja tällöin suovat asianosaisille tilaisuuden rajoitetusti strategiseen kanssakäymiseen oikeuden kanssa, kun taas tuomioistuimen juridinen diskurssi tapahtuu prosessioikeudellisessa tyhjiössä, niin että tuomion tuottaminen jää yksin tuomarin ammatillisen taidon varaan. StrPO 261 §:n mukaan todistelun tuloksesta päättää tuomioistuin vapaan, käsittelyn sisällön synnyttämän vakaumuksensa pohjalta. Juridisen diskurssin pitää tulla, kun se erotetaan varsinaisesta menettelystä, vapaaksi ulkoisilta vaikutteilta, Habermas lausuu.⁵¹ Todistelumenettely on – vahvemmin siviili- kuin rikosprosessissa – rakennettu ankaraksi kilpailuksi asianosaisten välillä näiden hellittämättä seurattessa omia etujaan.⁵²

48 Strandberg 2012, s. 28 ja 44 mainitsee moraalifilosofiankin eräänä tieteenalana, jonka avulla tuomion aineellista ”oikeellisuutta” voidaan arvioida. Näyttövaatimusta koskevan opin täytyy ankkuroitua, paitsi epistemologiaan, myös moraaliteoriaan. Syynä tähän on muun ohella se, että vain moraalilla perusteilla voidaan tehdä arviointi siitä, miten riski ratkaisun mahdollisesta virheellisyydestä asianosaisten kesken jaetaan. – Nähdäkseni on kyllä useitakin muita seikkoja, joihin virheriskin eli käytännössä todistustaakan jako ja näyttökynnyksen asettaminen voidaan perustaa. Tässä tutkimuksessa moraalifilosofia jää melko vähälle huomiolle.

49 Lainpelto 2012, s. 15. Kursivoinnit Lainpellon.

50 Lainpelto 2012, s. 15 ja 16. Kursivointi Lainpellon. Hän lausuu, että tuo sanottu dynaaminen suhde on myös keskeinen hänen työssään. – ”Vastentahtoisuus todistusharkinnan laajempaan teorianmuodostukseen” välittyy taas melkoisen selvästi Felaktigt dömda-raportista, jota käsittelen jäljempänä.

51 Habermas 1997, s. 290 – 291.

52 Habermas 1997, s. 288 – 289. Habermas käyttää kilpailun ankaruudesta kuvaavaa adjektiivia ’agonal’, joka viittaa kuolinkamppailuun tai henkiinjämistaisteluun.

Tapahtuuko siis tuomioistuimen juridinen diskurssi, millä ymmärrän tässä Habermasin tarkoittavan ennen kaikkea todistusharkintaa, prosessioikeudellisessa tyhjiössä, ja pitääkö sen olla vapaa ulkoisilta vaikutteilta? Näihinkin kysymyksiin vastaaminen, jota yritän jäljempänä, edellyttää epäilemättä, että todistusoikeus ”otetaan vakavasti” – puhumattakaan kysymyksestä, onko todistelumennettely suunniteltu kamppailunomaiseksi eli omia etujaan tavoittelevien asianosaisten ankaraksi kilpailuksi, kuten Habermas katsoo olevan, vai onko kysymys diskurssista, johon osallistuvat ”väittävät argumentoivansa järkevästi, ja ideaaliolosuhteissa kaikki saavuttavat lopulta konsensuksen”?⁵³ Jälkimmäiseen kysymykseen ilmoitin kantani kyllä jo edellä: tavallisessa tuomioistuinprosessissa taistelu, harvoin konsensus.

1.2.3 Todistusharkinta tutkimuskohteena

1.2.3.1 Nykypäivää

Todistusharkinta ja sen teorit ovat olleet jatkuvasti tutkimuksen kohteena erityisesti common law -maissa.⁵⁴ Esimerkiksi matemaattiset teorit, jotka ovat kohdanneet murskaavaltakin tuntuvaa kritiikkiä, voivat edelleen law in books -tasolla hyvin varsinkin Yhdysvalloissa. Lisäksi näyttää siltä, että jonkinlainen repeämä pohjoismaiden dogmaattisiin, 1930-luvun Karl Hägerströmin ja Karl Olivecronan näkemysten pohjalta vakiintuneisiin teorianakennelmiin on syntynyt tai ainakin syntymässä. Norja on ollut lähes Torstein Eckhoffin väitöskirjan ilmestymisestä lähtien lähinnä overvekt-periaatteen maa.⁵⁵ Kuitenkin vuonna 2007 julkaistussa Oikeus- ja poliisihallinnon raportissa tuodaan julki, että on tarpeen todistusteorian ja todistusopin ammatilliseen päivittämiseen: ”Når det gjelder bevisvurdering er det ønskelig at man ser nærmere på sannsynlighetsbegrepet og statistisk analyse som ligger till grunn. ... Det bør vurderes hva slags sannsynlighetsvurdering som bør ligge til grunn for bevisvurdering.”⁵⁶ Ruotsissa

53 Näin Frände 2005, s. 499 tiivistää. Ks. Alexy 1983/2015, s. 155 -159, 234, 236, 238 ja 261-272, joihin Ervo viittaa. Ks. myös Ervo 2005, s. 64 – 66 ja 73. Frände arvostelee Ervon em. väitöskirjaa siitä, ettei tämä ole käsitelty laajemmalti sitä, miten Alexyn ”erityistapausteesi”, *Sonderfallthese* (oikeudenkäynti rationaalisen praktisen diskurssin erityistapauksena, Alexy 2015, s. 261 – 272) suhtautuu syytettyyn kohdistettuun läsnäolopakoon, joka on Suomen ja useiden muiden maiden lainsäädännössä. Frände näkee (perustellusti) tuon perustelun haavoittuvaksi.

54 Twining 2006, s. 75, käsittelee todistusoikeustieteen historiaa Englannissa ja USA:ssa.

55 Tosin Eide 2016, s. 23, lausuu, kohtaa tarkemmin mainitsematta, että ”Strandbergin 2012 mukaan” norjalainen todistusoikeusoppi on bayesiaanista. Eide suhtautuu väitteeseen hiukan varauksellisesti. Hän viittaa sen tueksi kuitenkin overvekt-periaatteen hallitsevuuteen – suorittaen samaistamisen, josta mielestäni voisi myös ”nok diskuteres”.

56 Justis- og Politidepartmentet 2007: Forskning och forskningsbehov i lys av Fritz Moen-sakene, Rapport s. 4 ja 43; siteerattu tässä Eiden 2016, s. 5 alaviitteen 1 mukaan. Alaviitteessä mainittu [www-sivu](http://www.regjeringen.no) tähän raporttiin ei enää ole saatavissani. Moen-oikeudenkäynteihin ja tuomionpurkuihin liittyvä laaja tutkimus NOU 2007: 7, ”Fritz Moen og norsk strafferettspleie”, jonka johtajana oli Mæland, on sen sijaan saatavissa osoitteessa <http://www.regjeringen.no>. – Eide toivoo bayesiaanista metodia esittelevän ja kannattavan kirjansa olevan eräs vastaus oikeushallintoviranomaisen toivomukseen.

taas teoriaa ja keskustelua hallinneet todistusteema- ja todistusarvometodit sekä överbikt-periaate ovat saaneet rinnalleen useita erilaisia muunnelmia, ja näyttää siltä, että muiden muassa bayesiaaninen metodi jopa melko ”puhtaassa” muodossa saa siellä jalansijaa ainakin oikeuskirjallisuudessa. Hypoteesimetodin sanamuotoja on havaittu Suomen oikeuskäytännössä. Niin sanottu kertomusmalli on saanut jalansijaa ainakin teoreetikkojen piirissä. Se näyttää kyllä saaneen vapisemaan jopa tosiseikkojen kolmijaon - dogmin, joka meillä vastaan pane-matta omaksuttiin täydellä tehollaan vasta 1990-luvun prosessiuudistuksissa.

1.2.3.2 Todistusharkinnan tutkimusmenetelmistä

1.2.3.2.1 Yleistä

Ihmisen ajattelun ja päättelyn tutkiminen lienee koeolosuhteissakin vaikea tehtävä. Erityisen vaikeaa se on, jos se on tehtävä jälkikäteen, ilman koeolosuhteita, ilman mahdollisuutta toistoihin ja ilman hallittuja, esimerkiksi psykologian tutkimusmenetelmiä. Jo lähtökohdat voivat olla rosoiset: oikeaa ja muistiinpan-tua tietoa siitä, mitkä olosuhteet ja lähtökohdat ovat missäkin tilanteessa olleet käsillä, ei ehkä ole olemassa. Kaiken lisäksi lainsäätäjä tai täysin vakiintunut käytäntö on voinut määrätä, että todistustenkaan harkinnasta yksinkertaisesti *ei saa* antaa tietoja.

Henrik Zahle vertaa todistelua tuomioistuimessa luonnontieteellisen totuuden selvittämiseen. Olenneisesti samalla tavalla kuin tuomarin käsitystä aineellisista tosiseikoista määräävät oikeussalin tapahtumat, kemistin käsityksen nesteen kemiallisista ominaisuuksista määrävät ne havainnot, jotka tehdään analyysin aikana kemiallisista reaktioista. Jälkimmäistä prosessia säätelevät aineiden ominaisuuksia koskevat kemian lait ja tilastolliset laskelmat analyysituloksen merkityksestä; tuomioistuimessa vastaava prosessi tapahtuu tuomarin kokemusten – maailmaa yleensä koskevan yleisen ja konkreettisen havainnoinnin – valossa. Kemiallisen analyysin kohde perustuu tiettyihin ”staattisiin” luonnonlakeihin, ja analyysin tulos kuvaa näiden lakien toimintaa kyseisessä konkreettisessa tilanteessa. Tiettyjä ihmisen käyttäytymistä koskevia ”staattisia” lakeja voidaan kyllä panna merkille tuomioistuimen arvioinnissa. Tämän analyysin kohdetta eli jutun tosiseikka-aineistoa ei kuitenkaan ole saatu tieteellisesti hankkimalla tutkittava otos, vaan kohde koostuu aktiivisista yksilöistä, jotka toimivat menettelyssä tiettyjen prosessivelvoitteiden perusteella. Lisäksi asianosaiset mukautuvat niihin päälinjoihin, joita tuomari käyttää arvioidessaan heidän käyttäytymistään. Toisin sanoen on olemassa *vuorovaikutus*, jota tietyissä määrin todistusoikeus sääntelee.⁵⁷

⁵⁷ Zahle 1979, s. 262 – 263. Lainausmerkit ja kursivointi Zahlen.

Eivind Kolflaath, joka ei ole juristi, on luodannut mahdollisuuksia todistusharkinnan kuvaamiseen ja tutkimiseen. Hän katsoo olevan realistista lähteä siitä, ettei ole olemassa yhtä ainoaa muotoa, jolla todistusharkinta toteutuu ja joka voidaan täydellisesti saada selville empiirisellä metodeilla. Pikemminkin on realistista lähteä siitä, että se tapahtuu monella erilaisilla tavoilla ja että lisäksi todistusharkinta osittain ”unndrar seg iakttagelse”. Sen vuoksi autenttisen todistusharkinnan kuvaukset tuntuvat tiettyyn määrään yrityksiltä kuvata ”det ugjennomtrengelige”. On kuitenkin mahdollista valaista erilaisia näkökulmia todistusharkintaan empiirisenä ilmiönä, vaikka ollaan hyvin tietoisia siitä, että monissa kysymyksissä ei voida päästä pohjaan saakka.⁵⁸

Kolflaath on laajahkosti käsitellyt todistusharkintaa tutkimuskohteena. Hän erottaa deskriptiiviset eli empiirisiä kysymyksenasetteluja koskevat ja normatiiviset eli menettelysuosituksia tarkoittavat todistusteoriat. Käytännönläheiseen perinteeseen kuuluu, että lähtökohtana on todistusharkinta sellaisena kuin se käytännön oikeuselämässä tapahtuu ja että mahdollisten menettelysuositusten tulee olla siten realistisia, että näyttökysymyksen ratkaisija voi noudattaa niitä. Kolflaath katsoo, että todennäköisyysteoreettiset lähestymistavat ovat esimerkki näiden vastakohdista.⁵⁹ Hänen aineistonaan ovat olleet monijäseniset tuomioistuimet ja hän mainitsee tutkimusmenetelmiksi tuomioperustelujen tekstianalyysin, ulkopuolisena havainnoitsijana toimimisen päätösneuvotteluissa, kysymyslomakkeet ja haastattelut.

Tekstianalyysin etuna on muun ohella perustelujen julkisuudesta johtuva analyysin kontrolloitavuus. Kolflaathin mukaan voidaan olettaa, että usein tuomion perusteluissa esiintyvä ajatusmalli myös esiintyy näytön ratkaisijan psykologisissa prosesseissa, vaikka ei kaikilla ratkaisijoilla jokaisessa jutussa. Hänen mukaansa tuomion teksti on kirjoitettu ratkaisun tekemisen jälkeen, ja teksti on oikeuden yritys justifioida lopputulos. Yleisesti perusteluja ei täysin voida pitää raporttina konkreettisen jutun todistusharkinnasta. Tuomio on myös oikeuden kollektiivinen ääni, ja se, missä määrin teksti kattaa yksittäisten jäsenten todistusharkinnan, vaihtelee. Perusteluista on voitu myös jättää pois jotakin, jolla on todellisuudessa ollut harkinnassa painoarvoa.⁶⁰

Toimimalla päätösneuvottelujen ulkopuolisena, so. ei-osallistuvana, havainnoitsijana tutkija ”tulee askeleen lähemmäksi” todistusharkintaa. Norjassa on mahdollista, että oikeuden jäsenet myöntävät erityisluvan olla läsnä päätösneuvotteluissa (domskonferansen) ja äänestyksessä juridisesti koulutetuille tai vastaavista syistä

58 Kolflaath 2013, s. 38. Ilmaisun ”unndrar seg iakttagelse” Kolflaath ilmoittaa olevan lainaus Anders Løvlieltä 2008, s. 239 (Anmeldelse av Kjus 2008; Tidsskrift for strafferett 2008 s. 238 – 242; Kjusin ilmoitettu kirja on Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker. Oslo 2008).

59 Kolflaath 2013, s. 26.

60 Kolflaath 2013, s. 28 – 29.

läsnäoloa toivoville.⁶¹ Kolflaath huomauttaa, että vaikka havainnoitsija ei otakaan osaa neuvotteluun, se ei välttämättä tarkoita, ettei hänellä olisi vaikutusta havainnoitaviin, jotka ovat havainnoinnista selvillä. Tällöin syntyy epävarmuutta siitä, onko havainnoituun toimintaan vaikuttanut tutkijan läsnäolo, ja tämä voi merkitä virhelähdettä. Tämän voisi välttää salaisella havainnoinnilla, mutta se on ”selvsagt helt utelukket”. Havainnointi ei anna tekstianalyysin kaltaista yleiskatsauksellisuutta ja jälkikontrolloitavuutta. Muut tutkijat eivät pääse havainnointiin jälkikäteen. Tutkijalla on salassapitovelvollisuus kyseisen jutun yksilöintitiedoista. Keskustelua jäsenten kesken käydään kuitenkin myös tauoilla ja pääkäsittelyn aikana. Taukojen havainnointi voi antaa erityisesti todistusharkinnan edistymistä tutkivalle hyödyllistä informaatiota.⁶² – Suomessa tällainen päätösneuvottelujen havainnointi olisi mahdotonta jo OK 17:11.1:n ehdottoman kiellon vuoksi. Kiellon voimassa pitämistä ei vuoden 2016 OK-uudistuksessa juuri kyseenalaistettu.

Kyselykaavakkeet ovat strukturoituja, haastattelut strukturoimattomia. Nämä menetrit eivät ole sidottuja konkreettisiin juttuihin. Näihin tutkimusmetodeihin sisältyy kuitenkin eräitä mahdollisia virhelähteitä. On myös mahdollista käyttää koetilanteita, jotka, toisin kuin aito todistusharkinta, ovat toistettavissa. Ongelmana voivat olla kokeiden vaatimat resurssit; niiden vähyys voi vähentää kokeen todentuntuisuutta ja tuottaa epävarmuutta sen validiuteen. Myös se, että osallistujat tietävät osallistuvansa kokeeseen, voi tuottaa ongelmia.⁶³

1.2.3.2.2 Todistelu diskurssina ja sen tutkimus diskurssianalyysinä?

Oman kriittisen näkökulman tähänastiseen todistusoikeudelliseen tutkimukseen on kohdistanut Helena Karma. Hänen mukaansa todistusteoreettista keskustelua käydään usein kuvitteellisessa, kontekstista irrotetussa tilassa, missä inhimilliset, normatiiviset tai etenkin kielelliset tekijät eivät ”häiritse” todistusharkinnan puhdasta ja rationaalista analysointia.⁶⁴ ”Steriileissä teoreettisissa analyyseissä aineellisoikeudelliset tai prosessioikeudelliset säännökset, sen enempää kuin saatavilla olevan todistusaineiston rajallisuus⁶⁵ tai selektiiv-

61 Straffeprosessloven 31.2 §. Sen sijaan on Kolflaathin mukaan melkein mahdotonta, että tutkija saisi luvan havainnoida lagrett’in syyllisyyskysymystä koskevaa neuvottelua: Kolflaath 2013, s. 29 alaviite 34.

62 Kolflaath 2013, s. 29 – 32. Kolflaath pohtii myös tilannetta, jossa tutkija on tullut lagrett-jäsenten tai kansatuomarien (meddommere) valintaryhmään ja hänet valitaan osallistumaan juttuun. Norjassa on hänen mukaansa tästä yksi esimerkki.

63 Kolflaath 2013, s. 32 – 35.

64 Karma 2006, s. 66 viittaa tässä Klamin artikkeliin 1990 (Hannu Tapani Klami, Todistusteoria. Oikeus 1990, s. 36 -39.)

65 Karma 2006, s. 66.

visyyskään eivät vaikuta loogisiin operaatioihin.”⁶⁶ – Todistusoikeudellisen tiedon tuottamisen prosesseissa sosiaalinen ja diskursiivinen vuorovaikutus ovat keskeisessä asemassa, mutta myös ne on sivuutettu valtavirtakeskusteluissa. Lisäksi todistusteoreettiset fakta-analyysit näyttävät Karman mukaan elävän omaa elämäänsä. Oikeusteoreettiset keskustelut olemisen ja pitämisen suhteista tai oikeudellisesti relevanttien tapausten tunnistamisen luonteesta eivät Karman mukaan näytä juurikaan vaikuttaneen hänen tuntemiensa pohjoismaisten todistusteoreetikoiden ajatteluun.⁶⁷

Karma on katsonut, että diskurssianalyysiä tulisi soveltaa tuomioistuinten ratkaisujen analysoimiseen, ja hän on suorittanutkin sitä ennakkopäätöksen KKO 2001:61 osalta.⁶⁸ Johanna Niemi-Kiesiläinen on taas katsonut, että diskurssianalyysillä ei voi tutkia mitä tahansa; metodia täytyy voida soveltaa joustavasti tutkimuskysymyksestä riippuen. Hänen mielestään luontevinta soveltamisalaa sille on identiteettien ja subjektiviteettien rakentumisen analysointi.⁶⁹

Moa Bladini on väitöskirjassaan I objektiivitetetsken vuonna 2013 soveltanut diskurssianalyysiä kolmeen sosiaalisen käytännön representaatioon, rikokseen, pääkäsittelyyn ja todistusharkintaan.⁷⁰ Hänen aineistonsa käsitti toisaalta oikeuskäytännön (”ulkoisen kuvan”) osalta 125 ruotsalaista tuomiota ja toisaalta ”sisäisen kuvan” osalta Ekelöfin omat Rättegång IV -oppikirjan tekstit.⁷¹

Nähdäkseni diskurssianalyysi sopii kontradiktorisuutta edellyttävän todistelumennettelyn, mutta ei ehkä niinkään todistusharkinnan tutkimisen pohjaksi, muutoin kuin yksittäisten case-analyysien osalta.⁷² Tosin kertomusmalli voi olla poikkeuksena tästä. Esimerkiksi norjalainen Audun Kjus on käsittääkseni soveltanut tätä tutkimusotetta juuri kertomuksiin.⁷³ Eräs lisäperustelu kannalleni on kuitenkin käytännön näkemys siitä, että vain määrätyissä tilanteissa voidaan

66 Karma 2006, s. 66 – 67. Karma mainitsee s. 66 alaviitteessä 19 tämän korostuvan erityisesti matemaattisten todistusharkintametodien kohdalla. Karma käy tässä alaviitteessä läpi eräitä metodien meillemkin vastaan tulleita heikkouksia. Hän viittaa ensin Dieseniin, 1997 s. 18, jonka mukaan kansainvälisesti sellaisten käytöstä ei ole oltu yhtä kiinnostuneita kuin Pohjoismaissa. Niiden on katsottu soveltuvan ainoastaan tietyn tyyppisen todistelun, esim. DNA-todistelun ja sormenjälkitodistelun, arviointiin - ei esimerkiksi todistajan lausumien arviointiin; niiden numeerisella arvioinnilla subjektiiviset arvostelmat pyritään ainoastaan esittämään objektiivisemmalla näyttävässä muodossa. Todistelua ei myöskään yleensä voida suhteuttaa tiettyyn rajalliseen populaatioon, eikä frekvenssien laskeminen ole tällöin mahdollista. Matemaattisten menetelmien luotettavuutta ei myöskään voida vahvistaa eliverifoida, eikä niiden soveltaminen yleensä edes onnistu maallikoilta. Lisäksi frekvenssit tuottavat ainoastaan tilastotietoa eivätkä kerro, mitä käsiteltävässä yksittäistapauksessa on tapahtunut. Karma viittaa kuitenkin esimerkkinä angloamerikkalaiseen New Evidence Scholarship -koulukuntaan, jossa matemaattisten mallien soveltamiseen todistustarkintaan on oltu kiinnostuneita.

67 Karma 2006, s. 66 – 67.

68 Karma 2006, s. 69 – 70 ja 78 – 84.

69 Niemi-Kiesiläinen 2006, s. 153. Hän on itse s. 141 – 154 tarkastellut sitä, miten velallinen ja velkoja konstruoidaan kuluttajakonkurssissa ja vastaavasti velkajärjestelyä koskevissa laeissa.

70 Bladini 2013, s. 53.

71 Bladini 2013, s. 74 sekä s. 65 – 67 (Ekelöf) ja 67 – 73 (oikeustapaukset).

72 Se voisi soveltua esimerkiksi kokemuslauseiden analysoimiseen – jos kokemuslauseita pantaisiin näkyviin tuomioissa.

73 Kjus 2008.

reaalimaailmassa puhua mistään yhteisistä tavoitteista tai konsensuksesta yhteisenä päämääränä. Esimerkiksi sovittelumenettelyssä ja syyteneuvottelussa näistä voi kyllä olla kysymys. Sen sijaan tavallinen prosessi vastaa verrattomasti useammin habermasilaista taistelua eikä pääty konsensukseen, vaikka lähenymistä on saattanut tapahtuakin.

Epätoivottavinta lienee kuitenkin pyrkimys kuvata, selittää tai ohjata todistelun ilmiöitä yksinomaan sellaisilla valmiilla, muista ja vieraista lähteistä kumpuavilla agendoilla, jotka eivät ota huomioon prosessitodellisuutta. Tällöin on vaara joutumisesta Prokrusteen vuoteeseen.

1.2.3.2.3 Felaktigt dömda?

Ruotsissa vuonna 2006 raporttinsa antaneen Felaktigt dömda -projektin työryhmän tehtävänä oli käydä läpi sellaisia purettuja vankilatuomioita, joissa uusintakäsittely oli johtanut syytteen hylkämiseen, ja selvittää, mikä ensi-prosessissa oli mennyt vikaan. Käytännössä tämä tarkoitti todistelun ja ennen kaikkea todistusharkinnan mahdollista epäonnistumista ja siis sen tutkimista. Työryhmä oli nähdäkseen osittain mahdottoman tehtävän edessä. Se törmäsi metodisiin ongelmiin ja ne tuotiin sen työhön kohdistuneessa, perustellussa kritiikissä selkeästi ilmi. Työryhmä tarkasteli juttuja asiakirjojen perusteella eikä tehnyt esimerkiksi asianosaisten haastatteluja⁷⁴ eikä voinut ottaa selkoa oikeudenkäyntiaineistosta samalla tavalla kuin yleiset tuomioistuimet tekevät.

Työryhmä puolusti metodivalintaansa seuraavin tavoin – rakentaen samalla expressis verbis puolustusvallitusta odotettavissa olevaa kritiikkiä vastaan. Se myönsi suullisuuden ja välittömyyden merkityksen, mutta katsoi, että tuomioistuimella on velvollisuus välittää eteenpäin arvionsa suullisten lausumien esitystavasta, kuten äänenpainoista, reaktioista, varmasta tai epävarmasta esitystavasta, vieläpä ”ruumiinkielestäkin” ja että tuomarin todistusharkinnan vapaus on rajoitettu sellaisten harkintojen hyödyntämiseen, jotka voidaan kommunikoida ympäristölle ja jotka ympäristö voi hyväksyä. Ympäristö taas voi vaatia, että se voi ymmärtää ja hyväksyä tuomion perustelut. ”Siitä näkökulmasta ei siten voida suunnata mitään väitteitä tai tehdä varaumaa sellaista tarkastamista kohtaan, jota työryhmä on tehnyt. Tarkastaminen on lisäksi kohdistunut laajempaan aineistoon kuin vain tuomioihin perusteluineen. Sitä vastoin oli aihetta tehdä tietty varauma niiden todistusharkintakysymysten osalta, joissa voidaan olettaa, että todistusharkintaan ovat vaikuttaneet sellaiset vaikutelmat, jotka voivat olla voimakkaita sille, joka sai tietää niistä oikeus-salissa, mutta joita voi olla vaikeaa välittää eteenpäin. Edellä sanotusta voitaneen päätellä, että sellaisten vaikutelmien ei voi sallia vaikuttaa tuomioistuimen harkintaan

74 Ajatus haastattelusta – ja juuri asianosaisten haastattelusta - tällaisessa tilanteessa tuntuu mielestäni lähtökohtaisesti kyllä oudolta. Mitä siinä kysyttäisiin? Ehkä haastatteluajatus on tuotu raportissa esiin lähinnä täydellisyyden vuoksi.

”i alltför betydande grad”, koska juuri se merkitsisi tuomarille vapautta perustaa ratkaisunsa puhtaasti subjektiivisiin tekijöihin. Suullisuus- ja välittömyysperiaatteen läpilyömiseksi on kuitenkin hyväksyttävä se, että sillä voi olla marginaalista merkitystä. Tuomioistuimen on kuitenkin tehtävä selkoa sellaisista vaikutteista, jos ne ovat vaikuttaneet harkintaan, ja siitä, minkälaisiin havaintoihin vaikutelmat ovat perustuneet. Suullisen näytön sisältö ei voi myöskään kokonaan kuvastua tuomioistuimen tekemistä referaateista, mutta niiden seikkojen, joita tuomioistuin on harkinnassaan punninnut, täytyy itsestään selvästi olla mukana tuomiossa. Ei siis ole hyväksyttävää, että ratkaisun vuoksi kritisoitu tuomioistuin vetoaa siihen, että jutussa on tullut esiin muutakin kuin mitä tuomiosta käy ilmi. Tarkastajan täytyy jättää tietty marginaali, joka sisältää tulkintaetuoikeuden sen hyväksi, että tuomioistuimen todistusharkinta on oikea, koska se on saanut tiedon näytöstä välittömästi ja sillä on ollut parempi perusta harkinnalleen kuin tarkastajalla. Tämä koskee kuitenkin itsestään selvästi vain niitä osia, joissa näytön välitön vastaanottaminen sisältää laadullisen eron suhteessa siihen, että tieto saadaan jutun asiakirjoista, työryhmä katsoi.⁷⁵

Työryhmän perustelut ovat mielestäni sikäli virheelliset, että se hakee oikeutusta metodivalinnalleen siitä, mitä jonkun *tulee tehdä*, ja sulkee silmät siltä, mitä tuo joku *todellisuudessa tekee* – ja mitä sillä on mahdollisuus tehdä. Työryhmä asettaa tuomioistuimille runsaasti velvollisuuksia ilmaisin, joilla ei ole paljokaan tekemistä käytännön prosessin kanssa – seikka minkä tarkastajiksi ryhtyvät tietävät tai ainakin heidän tulisi se tietää. Niin merkityksellisiä kuin äänenpainot, reaktiot ja ruumiinkieli saattavat todellisessa oikeussalitalanteessa ollakin, niiden välittäminen ratkaisun perusteluissa on käytännössä mahdollista, ellei kysymys ole todella dramaattisesta, relevantista yksityiskohdasta. Raportissa ensin annettua pientäkin ”myönnytystä” seuraa heti ankara normatiivinen kannanotto.

Kritiikkiä tuli sitten Diesenin taholta, erityisesti siinä, että työryhmä ei kuunnellut eikä katsellut alempien oikeuksien ääni- ja videonauhoitteita.⁷⁶ Työryhmä ei siltä osalta osannut paljoa sanoa, vaikka mitätöikin niin HD:n: prejudikatuurin ja oikeustieteen tulokset.

1.2.3.2.4 Ulkoinen ja sisäinen näkökulma todistusharkintaan

Todistusharkintaa voidaan Ho:n mukaan tarkastella käyttäen kahta näkökulmaa, ulkoista ja sisäistä. Molemmat täydentävät toisiaan eikä kumpikaan ole tyhjentävä kuvaus oikeudenkäynnistä sen koko kompleksisuudessa. Ulkoinen, ”systeemisuunnittelijan” (system-engineer) näkökulma on ainakin common law -pohjaisessa oikeuskirjallisuudessa tavallisempi. Ho keskittyy lähinnä sisäiseen

⁷⁵ Felaktigt dömda 2006, s. 135 – 136.

⁷⁶ Diesen 2006/2007, s. 232.

näkökulmaan ja käyttää fact-finderin tarkastelukulmaa tämän toimiessa moraalisen agenttina. Sisäisellä näkökulmalla tavoitetaan hänen mukaansa todistus-oikeudessa paljon sellaista, mikä näkyy vain tästä kulmasta.⁷⁷ Mannermaisen todistusoikeuden kohdalla sisäinen näkökulma näyttää olevan laajemmaltakin käytössä: monet todistusoikeuden tutkijat ovat olleet mukana tuomioistuimen työskentelyssä ja osallistuneet tällöin ratkaisijoina ”sisältä käsin” myös todistusharkintaan.

Ho määrittelee näkökulmat seuraavasti. Ulkoisessa näkökulmassa kiinnostuksen pääkohde on oikeudenkäynnin säänteleminen niin, että se parhaiten tavoittaa päämääränsä; keskeinen tavoite on totuuden selville saaminen toiseikkojen osalta. Analyysi ja arviointi kohdistuvat erityisesti todistelussääntöihin ja niihin seurauksiin, joita sääntöjen soveltamisella ja vaikutuksella on näytön arvioinnin lopputulokseen. Oikeudenkäyntiä tutkitaan naturalisoidun epistemologian projektina, jonka yksi määräävä piirre on sinnikäs pitäytyminen, karkeasti sanoen, siihen, että oikeudellisen todistusharkintateorian tulee olla samansuuntainen empiirisen tieteen kanssa ja riippuvainen siitä.⁷⁸

Sisäisessä näkökulmassa tosiseikkakysymysten ratkaisija on moraalisen toimijana: hänellä on systeemin sisällä olevan roolipelaajan näkökulma. Sisäisen lähestymistapa keskittää huomion hänen rooliinsa liittyviin velvollisuuksiin ja niihin vaatimuksiin, joita asianosaiset ovat oikeutettuja esittämään hänen harkintansa rationaalisuutta ja moraalisuutta kohtaan. Sen sijaan että todistelussääntöjä pohdittaisiin funktionaalisesti, keinona tiettyjen päämäärien saavuttamiseen, niitä arvioidaan modaalisesti, piirteinä, jotka luovat rationaalisen muodon tuomioistuimen ja sen eteen tuotujen ihmisten moraaliselle sitoutumiselle. Tämänkaltaisen arvioiminen on luonteeltaan käsitteellistä ja perustuu normatiivisiin argumentteihin; se ei riipu keinoja ja päämääriä yhdistävistä empiirisistä olettamuksista.⁷⁹

Ehkä en osu kovin harhaan, jos näen sisäisen näkökulman olevan yhteydessä niin sanottuun hiljaiseen tekijän tietoon. Tällainen tieto on lainopin käytännön ammatinharjoittajan eli tässä tapauksessa todistusharkinnan suorittajan, fact-finderin, toiminnassaan saavuttamaa. Se on toisinaan asetettu vastapariksi filosofien tai muiden tutkijoiden reflektoidun teoreettisen tiedon kanssa.⁸⁰ Luul-

⁷⁷ Ho 2008, s. 46.

⁷⁸ Ho 2008, s. 46 – 47.

⁷⁹ Ho 2008, s. 48. Hänen mukaansa tämä ei tarkoita, että säännön soveltamisen vaikutukset jätetään kokonaan huomiotta. Se tarkoittaa, että säännön oikeellisuutta eivät määrää sen seuraukset, jotka kumpuavat sen soveltamisesta, vaan se sisältyy luonnostaan sen ilmaisemiin arvoihin. Tämä on irtiotto perinteellisestä diskurssista, jolla on taipumusta olla varovaisten pohdintojen hallitsemää ja keskittyä siihen, parantaako tietyn säännön soveltaminen tuomion luotettavuutta tai lisääkö säännön hylkääminen erehdyksen osuutta todistusharkinnassa.

⁸⁰ Ks. näistä termeistä esim. Helin 1988, s. 429 ja Siltala 2013, s. 631 – 632. Helinin johtopäätöksellä s. 429 on fundamentaalinen kaiku: ”Kun siis lainopillinen tutkimus itsepintaisesti – ja osaamatta menettelyään tyydyttävästi selittää – kieltäytyi kokonaan luopumasta vanhasta ’metafyysisestä’ (s.o. institutionaaliin

tavasti onnellisin lopputulos olisi näiden kahden sisällön yhdistäminen; kumpikin hyötyy toisestaan. Erityisesti käytäntöä palvelevien prosessioikeuden ja todistusoikeuden kohdalla tietty käytännön tuntemus ei ole ainakaan haitallista.

Ho:n tarkastelussa on punaisena lankana todistelusääntöjen, kuten todistelukiellon, merkitys totuuden saavuttamiselle ja sitä kautta koko säännön tarpeellisuudelle. Tämä on common law -järjestelmän kannalta ymmärrettävää. Jaottelu ulkoiseen ja sisäiseen näkökulmaan on kuitenkin yleisestikin ottaen mielestäni arvokas. Ho nimittää itse keskittymistään sisäiseen näkökulmaan ”irtiotosiksi perinteellisestä diskurssista, jolla on taipumusta olla varovaisten pohdintojen hallitsemaa ja keskittyä siihen, parantaako tietyn säännön soveltaminen tuomion reliabiliteettia tai lisääkö säännön hylkääminen erehdysten osuutta todistusharkinnassa”.⁸¹ Tarkastelutapa on johdonmukainen hänen yleiselle teesilleen, joka on se, että oikeuden harkintaan kuuluvat episteemiset ja eettiset seikat heijastuvat todistusoikeuteen.⁸²

Oikeuskirjallisuudessa tarkastelun kohteena on usein valamies, valamiehistö tai yksittäinen ratkaisija. Tämä näkökulma jättää huomiotta monijäsenisessä tuomarikollegiossa tapahtuvan todistusharkinnan. Sen rakenne ei välttämättä ole samanlainen kuin yksinäistuomarin. Aiheellisesti Kolflaath huomauttaa, että kysymys ei ole pelkästään kollegion yksittäisten tuomarien omalla kohdallaan suorittamasta todistusharkinnasta, vaan kollegion jäsenten yhteisestä käsittelystä taukojen ja päätösneuvottelun aikana. Tällöin luonnollisesti käytännössä vaihtelee se, miten vastaanottavaisia erilaiset jäsenet ovat muiden jäsenten vaikutukselle.⁸³

Jäljempänä pyrin käyttämään hyväksi sekä ulkoista että sisäistä näkökulmaa todistusharkintaan. Ulkoista näkökulmaa en sido (yksin) todistelusääntöihin enkä siihen, mikä vaikutus niillä on tuomioon; ulkoinen näkökulma on pikemminkin systeeminen, järjestelmän yleistä toimintaa kuvaava. Sisäinen

tosiseikkoihin viittaavasta) käsitteistöstään, se menetteli epäilemättä viisaasti. 'Hiljainen tekijän tieto' voi joskus olla reflektoitua teoreettista tietoa parempaa, mikä teoreetikoiden on hyvä muistaa." – Helinin toteamus lainopillisen tutkimuksen "itsepintaisuudesta" pitää paikkansa hänen tutkimiensä siviilioikeustutkijoiden kohdalla, samoin kuin *siviilioikeuden* kohdalla pitää paikkansa hänen samoin s. 429 esittämänsä toteamus, että institutionaalisten tosiseikkojen asema oikeustositseikastoissa on de facto erittäin vahva. Skandinaavien realismin auktoriteettien, lähinnä Olivecronan ja Ekelöfin (kaiketi reflektoidun teoreettisen tiedon piiriin luettavat) opit *prosessi-* ja *todistusoikeuden* käsitteenmuodostuksessa ottivat meillä kuitenkin pitkävaikutteisen selkävoiton institutionaalisista tosiseikoista.

81 Ho 2008, s. 48.

82 Ho 2008, s. 48. Ho:n mukaan (s. 48 – 49) oikeuden harkintaan kuuluvat episteemiset ja eettiset seikat ovat suhteessa vaatimuksiin, joita tuomiota odottavalla henkilöllä on sitä prosessia kohtaan, jolla hänen juttuaan arvioidaan ja jolla se ratkaistaan. Todistelusäännöt heijastavat käsitystämme oikeudesta toteennäyttämistominna ja todistusharkinnan perinteen oikeudenmukaisuudesta. Tosiseikkojen kiistäminen ei herätä vain totuutta, vaan myös oikeudenmukaisuutta koskevia kysymyksiä. Tuomioistuimen ei tule löytää pelkästään totuutta päästäkseen oikeudenmukaiseen lopputulokseen, sen täytyy myös tehdä oikeutta totuudesta varmistuessaan. .

83 Kolflaath 2013, s. 27 – 28.

näkökulma taas perustuu osin omiin kokemuksiini oikeuslaitoksen palveluksessa niin yksittäisenä arvioijana kuin kollegion jäsenenä.

1.2.3.3 Omia päätelmiä

Lainpelto on edellä mainituin tavoin katsonut, että todistusharkinta ei ole enää luonteeltaan oikeuden soveltamista. Tätä lausumaa tulkitsen asiayhteydessään eli verrattaessa vapaata todistusteoriaa legaaliseen. Lainpelto arvioi, että jos todistusoikeuden tutkija joskus asetetaan sen kysymyksen eteen, onko hänen toimensa edes juridiiikkaa, ankaran perinteellisellä lähestymistavalla vastaus todennäköisesti on ”ei”. Hän katsoo, *ettei todistusharkinnalla ole tutkittavana tai vahvistettavana voimassa olevaa oikeutta* – perinteellisellä tutkimuksella voidaan korkeintaan yrittää vahvistaa vallitsevan opin tilanne sekä kulloinkin voimassa olevia ja yleisiä kokemuslauseita.⁸⁴

Nähdäkseni Lainpellon ja Kolflaathin esittämät argumentit ovat yleisesti ottaen pitviä. Erääseen kohtaan Lainpellon kohdalla piirtäisin kuitenkin kysymysmerkin. Palaan kyseenalaistukseen, onko kysymyksellä ”mikä on (Suomen) voimassa olevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä” mielekkään tieteellisen tehtävänasettelun arvoa.⁸⁵ Sama kyseenalaistaminen voidaan tehdä todistusoikeudellisten, myös todistusharkintaa koskevien, kysymysten osalta. Tähän ei kuitenkaan liene tarvetta. Käsittääkseni todistusharkinnankin piirissä voidaan hyvin puhua ”voimassa olevan oikeuden kannasta”. Todistusoikeuden työkalujen, tosiseikkojen, kohdalla kysymysten kirjo on kyllä erilainen ja ”värikkäämpi” kuin oikeudellisiksi luonnehdittujen käsitteiden ja kysymysten kohdalla. En kuitenkaan osaa pitää mielekkäänä väitettä, että ”voimassa olevan oikeuden” kysymystä ei tarvitsisi esittää. Päinvastoin lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja muut oikeuslähteet luovat ja rajaavat sen alueen, jonka sisällä harkitsija suorittaa tehtävänsä. Tuskin voidaan esimerkiksi sanoa, että ”ei varteenotettavaa epäilystä” -sääntö, rikosprosessin järeä näyttökynnysnormi, olisi pelkästään kokemussääntö. Sen perustan ja siitä tehtävien poikkeusten tutkiminen ja selvittäminen vie poluille, joiden yhteys juridiiikan ydinalueille on ilmeinen. Samaa voi sanoa myös esimerkiksi norjalaisesta debatista koskien sitä, milloin riitajutun näyttökynnys on ”sannsynlighetsovervekt”, milloin taas ”klar sannsynlighetsovervekt”.

Käsittääkseni oikeudenkäyntimenettelyssä koko todistelun ja myös todistusharkinnan kivijalka on oikeudellinen. Päämääränä ei ole juridisesti merkityksellisten tosiasiakysymysten ratkaiseminen, vaan koko todistelujärjestelmä, todistusharkinta sen mukana, saa käyttövoimansa ja oikeutuksensa oikeudellisesta viitekehyksestä. Se, että näytön arvioinnin kriteerit ja työkalut voivat olla

84 Lainpelto 2012, s. 18-19. Korostus Lainpellon. – Tässä yhteydessä (s. 19 alaviite 37) Lainpelto viittaa Frändénin 1999, sivulle 334, jossa tämä katsoo, että todistusteoria on kauan ollut laininlyöty osa prosessioikeutta ja että mahdollinen selitys tälle on vapaan todistusteorian käyttöönotto.

85 Kivivuori 1969, s. 26.

lainattuja eri tieteenaloilta, ei tee muutosta tähän. Myös esimerkiksi tosiseikkojen verkoston laatiminen ja avaaminen tapahtuu juridisista lähtökohdista käsin.

Ottaen huomioon edellä sanotut, Lainpellon rikosasian todistelun kohdalla esittämät ja Kolflaathin kirjaamat näkökohdat ja vielä todistusharkinnan reaalin toimintaympäristö on nähdäkseni luontevaa sisällyttää se todistus*oikeuden* piiriin ja oikeutettua tarkastella sitä osana omaa oikeudenalaansa. Todistusharkinta on omanlaisensa kategoria, ja siihen liittyy tieteidenvälisyyttä.

1.3 Alustavia käsitelmäärittelyjä sekä tutkimustehtävän määrittelyä ja rajausta

1.3.1 Eräitä alustavia määritelmiä

Seuraavat määritelmät ovat työmääritelmänomaisia. Termien sisältöä pyrin analysoimaan jäljempänä omissa yhteyksissään tarvittaessa perusteellisemmin.

Todistelun kysymysten edellä oikeudenkäynnissä käyvät väittämiseen ja vetoamiseen liittyvät kysymykset. Käytännössä tämä tarkoittaa, että on voimassa normi, jonka mukaan todistelumenettelyn ja -harkinnan piiriin saavat dispositiivisessa riita-asiassa tulla ainoastaan sellaiset tosiseikat, jotka ovat tulleet prosessiin mukaan asianmukaisesti täytetyn väittämistaakkainstituutin kautta.⁸⁶ Oikeustositseikan käsite on otettu käyttöön todistelun lisäksi usean muun käyttötarkoituksen ohella väittämistaakan objektille. Sitä, miten onnistunut tämä allianssi on, pyrin analysoimaan.

Todistusharkinnan suorittaja vaihtelee oikeusjärjestelmän mukaan. Mannermaisissa järjestelmissä ja yhä enenevästi myös common law'n piirissä, erityisesti Englannissa, tehtävä lankeaa ammattituomarille tai -tuomareille. Perinteisesti common law'n piirissä tehtävä on kuulunut jurylle. Angloamerikkaisessa kirjallisuudessa harkitsijaa nimitetään usein termillä fact finder, kirjoitettuna yhteen tai erikseen, väliviivalla tai ilman, ja todistusharkinta on vastaavasti fact finding'ia. Pyrin käyttämään yleistä termiä näyttötuomari, joka kattaa myös maallikkoarvioitsijat.

Todiste on monikäyttöinen termi. Todisteella tarkoitetaan ensinnäkin sitä tietosisältöä, jolla pyritään näyttämään toteen määrätty tosiseikka, tarkemmin sanoen väite eli propositio siitä, että jokin asiantila pitää tai ei pidä paikkansa. Todisteella voidaan tarkoittaa myös välinettä, joka "kantaa" tuota tietosisältöä tai josta muuten saadaan sitä selville, eli todistuskeinoa: todistajan tai asianosaisen

86 Erkki Havansin 2002, s.91, osuvaa ilmausta lainaten voi sanoa, että väittämistaakan aktualisoitumisella oikeudenkäynnin alussa määritellään oikeudenkäynnin kohde ja samalla siis "tuomioistuimen tutkimisoikeuden ja -velvollisuuden ulkorajat" (Kursivointi tässä JR).

kertomusta, asiakirjaa tai esineen tai paikan katselmusta.⁸⁷ Todisteen sisältönä on tietoa, todistusdataa. Tämä tarkoittaa kaikkea sitä vielä analysoimatonta tietoa, jonka todiste välittää tuomioistuimelle.⁸⁸

Todistelutilanne on uudehko termi, jota erityisesti norjalaiset todistusoikeuden tutkijat käyttävät. Sen määritelmät jossakin määrin vaihtelevat. Kolflaath määrittää sen hiukan likimääräisesti sanottuna kerätyn todistusaineiston sisällöksi, joka on arvioitava; todistelutilanne on istunnossa esitetyn todistelun tulos.⁸⁹ Magne Strandberg käyttää tätä termiä merkityksessä ”summen av alle bevisdata dommeren kan legge vekt på i en sak”.⁹⁰ Kysymys on siis kaikesta siitä todistusdatasta, mitä tuomari voi kysymyksessä olevassa tilanteessa käyttää tosiseikkaratkaisun pohjana eli joka on tullut oikeudenkäyntiaineistona jutussa esille. Käytän termiä tässä merkityksessä, mutta laajennan sen käyttöalaa sikäli, että tarkasteluhetken ei tarvitse olla se ajankohta, jolloin kaikki todistelu on esitetty. On hyödyllistä kiinnittää huomiota todistelun temporaaliseen vaiheeseen: todistelutilanne ei ole staattinen vaan dynaaminen ja vaihtelee todistelun edetessä.

Pohjoismaisessa todistusoikeudessa tavataan tosiseikkojen kolmijako oikeustositseikkoihin, todistustositseikkoihin ja aputositseikkoihin.⁹¹ Oikeustositseikka määritellään yleensä seikaksi, joka voidaan panna välittömästi tuomion perustaksi, todistustositseikka taas kertoo muun tosiseikan olemassaolosta, ja aputositseikka kertoo esimerkiksi todistustositseikan luotettavuudesta. Tämä jaottelu koskee tuomarin todistusdatan pohjalta tekemää analyysia ja päättelyoperaatiota, toisin sanoen todistusdatasta ”jalostettua” osaa, joka täyttää ainakin jollakin tavoin edellä mainitut edellytykset tai ehkä vain jonkin niistä.⁹² Common law –oikeudessa termit ovat erilaiset.

Aineellinen totuus voidaan määritellä asiantilaksi, joka ”todella” on vallinnut tai vallitsee.⁹³ Prosessuaalinen totuus on taas oikeudenkäynnissä ilmi tullut versio totuudesta.

87 Esimerkiksi Lappalainen 2001, s. 130; Strandberg 2012, s. 49 – 50.

88 Kolflaath 2007, s.181; Strandberg 2012, s. 50.

89 Kolflaath 2013 s. 61-64.

90 Strandberg 2012, s. 50. Hän viittaa TvL 21 §:n 2 momentin 2 lauseeseen ”Bevisvurdering baseres på det som framkommer om de faktiske forhold i det som skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen”. Hän mainitsee poikkeuksina, jotka ovat hyödyntämiskelpoisia vaikka eivät ole tulleet oikeudenkäynnissä esille, muun muassa yleiset kokemussäännöt ja notoriset tosiseikat (”vitterlige kjensgerninger”). Poikkeukset esiintynevät useimmissa oikeusjärjestelmissä, myös meillä. Eri asia on kuitenkin, että yhä enemmän korostetaan, ettei mikään saisi tulla tuomioistuimen ratkaisussa asianosaisille yllätyksenä, ja siksi tällaisiakin seikkoja ja sääntöjä tulisi kontradiktorisesti käsitellä. Kokemussäännöt ja seikkojen notorisuus voivat hyvinkin osoittautua riittäviksi ja päätyä todistelun kohteiksi.

91 Esim. Lappalainen 2001, s. 131- 132; Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 17 – 20. Strandberg 2012, s. 50 – 51; hän ei käytä aputositseikka-termiä.

92 Strandberg 2012, s. 51.

93 Ehkä voidaan puhua myös aleettisesta totuudesta: ”verden slik den er, har vært eller kommer til å bli”; Strandberg 2012, s. 53.

Todistustaakka voidaan määritellä kysymykseksi siitä, kummalla asianosaisella on näyttövelvollisuus tietystä seikasta. Näyttökynnyksellä tarkoitetaan vaatimusta, miten vahvaa näyttöä todistettavan seikan paikkansapitävyyden tueksi vaaditaan. Todistustaakka ja näyttökynnys ovat symbioosissa keskenään. Näyttökynnystä voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta, sen pohjalta, mitä vaaditaan, ja sen pohjalta, mitä on saavutettu. Olennaista on, että epäonnistumisesta velvollisuuden täyttämisessä koituu negatiivinen seuraamus sille, joka on ollut taakan raskauttama.

Todistusharkinta voidaan alustavasti määritellä tarkoittamaan tuomioistuimen epistemologista pohdintaa siitä, onko tietty tosiseikka tullut esitetyllä todistelulla näytetyksi toteen. On aiheellista korostaa harkinnan luonnetta. Todistusharkinnan kohteena on esitetty todistelu. Rajaan aiheita niin, että oletan todistelun tapahtuneen joka suhteessa sallitusti ja todistusaineistossa olevan näytön olevan sallittua. Näin ollen en eräitä erityistilanteita lukuun ottamatta käsittele todistusteema-, todistuskeino- ja todistusmetodikieltoja tai niiden vaikutusta.⁹⁴

Todistusharkinnan kohteena ovat siis tosiseikat ja niiden paikkansapitävyys, eli ”tosiseikkakysymys”. Toinen tuomioistuimen harkinnan pääkohteista on oikeuskysymys, joka tarkoittaa ensinnäkin kysymystä, mitä normeja kussakin tiloanteessa kanteeseen tai syytteeseen sovelletaan. Myös todistusharkinnassa on kysymys oikeudellisesta pohdinnasta silloin, kun todistelun kohteena oleva seikka sisältää oikeudellisen osatekijän. Todistustaakan ja näyttökynnyksen asettaminen ovat normatiivisia kysymyksiä. Sen sijaan kysymys, ylittääkö esitetty näyttö asetetun (olemassa olevan) näyttökynnyksen, on tosiseikkakysymys, pohjimmiltaan kahden episteemisen todennäköisyyden (vaaditun ja esitetyn) vertailu.⁹⁵ Määritelmistä riippumatta todistustaakka, näyttökynnys ja todistusharkinta ovat vuorovaikutuksessa keskenään.

Näytön robustiuden – horjumattomuuden, vakauden, kattavuuden, täydellisyyden – arvioinnissa on kysymys on siitä, miten horjumaton (robust)⁹⁶ esitetty näyttö on teemastaan siinä mielessä, onko vielä saatavissa sellaista lisätodistelua, jolla esitetty näyttö olisi horjutettavissa. Käytän jäljempänä suoraa muodostetta

94 Mistä todistusaineisto koostuu ja mitä todistusharkinnassa saa ottaa huomioon eli hyödyntää, ovat periaatteessa kaksi eri asiaa, ja niitä sääntelevät eri lainsäädännökset. Todistusaineiston *lähtökohtaista koostumista* säännellään pohjoismaiden oikeudenkäyntilaeissa yleisellä tasolla suunnilleen yhtäpitävästi. Karkea pääsääntö on, että suullisessa menettelyssä aineisto koostuu vain suullisessa käsittelyssä esitetyistä, kirjallisessa kirjallisesta ja näiden kombinaatiosta säädetyllä tavoin molemmista. Sen sijaan kysymys todistus- ja hyödyntämiskielloista on laaja ja heterogeeninen.

95 Tässä suhteessa oikeudellisessa kielenkäytössä on epätarkkuutta; puhutaan esimerkiksi ”näyttökynnyksykysymyksestä” tai näytön riittävyyskysymyksestä erittelemättä, mitä tarkoitetaan. Vrt. esimerkiksi Leppänen 1998, s. 126; Lappalainen 2001, 294, 296.

96 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 187 – 189; Strandberg 2012, s. 55. Diesen 2012, s. 278 – 279 ja 354 puhuu enemmänkin selvittämismenettelyistä; muutoin harkinnan perusta olisi ”för bräckligt, adekvata referenser eller ”standardbevis saknas (och kan inte kompenseras med åberopad bevisning)”.

robustius, koska esitetyt käännösversiot eivät mielestäni täysin kuvaa termin sisältöä. Kysymys näytön robustiudesta liittyy sekä todistelumenettelyyn että todistusharkintaan. Jäljempänä sitä käsittelen pääosin todistusharkinnan kannalta.

Common law -oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä käytetään termiä *adversarial*. Käytän tästä suoraa käännösmuunnelmaa adversariaalinen. Se tarkoittaa osapuulleen samaa mitä meillä ymmärretään käsittelymenetelmällä: adversariaalisessa prosessissa vallitsee asianosaistoimintaisuus, ja asianosaisten asiana on hankkia ja esittää todisteet tuomarin pysyessä melko passiivisena.⁹⁷

1.3.2 Pääpiirteittäinen käsittelyjärjestys, tutkimuskysymyksen asettaminen ja eräitä erilliskysymyksiä

Eräänlaisena työn yleisenä osana käsittelen eräitä todistusharkintaan vuorovaikutuksessa olevia käsitteitä. Jaksossa 3 käsittelen todistusteemaa, jaksossa 4 todistustaakkaa ja jaksossa 5 näyttökynnystä. Varsinaisen todistusharkinnan yleisiin näkökohtiin siirryn kohdassa 6. Tässä tuon esille muun ohella myös robustiuden käsitteen. Kohdassa 7 käsittelen todistusharkintaa muovaavia ilmiöitä, kuten alkuperäistodennäköisyyttä, syyttömyysolettamaa, presumptioita ja tunnustusta. Todistusharkinnan kahta erityistilannetta käsittelen kohdassa 8. Kohdasta 9 lähtien käsittelen ja arvioin todistusharkintateorioita.

Sitä, miten tuomioistuin ja näyttötuomari suorittavat todistusharkinnan, kuvaavat useat erilaiset todistusharkintateoriat. Vielä useammat teoriat kuvaavat sitä, miten harkinta tulisi suorittaa. Vallalla voidaan sanoa olevan kaksi vahvaa päävirtausta, matemaattiset ja ei-matemaattiset mallit, mutta lisäksi on olemassa joukko erilaisia variaatioita molemmista. Jokainen teoria ei kata kaikkea todistusharkintaan liittyvää, kun taas osa pyrkii selittämään ”kaiken”.

Tutkimustehtävä voitaisiin asettaa kysymykseksi, mikä teorioista on ”paras”. Käytännön realismi estää näin kunnianhimoisen kysymyksenasettelun. On utopiaa ajatella, että yksi ja sama teoria soveltuisi yhtä hyvin koko siihen juttujen kirjoon, mitä näyttötuomarin eteen tulee. ”Parasta” ei ole järkevää etsiä, vaan pyrkimyksenä on löytää esille otetuista teorioista niitä piirteitä, jotka ovat rationaalisia ja teoreettisesti sekä myös eräiden keskeisten periaatteiden, kuten yhdenvertaisuuden, kannalta vähiten ongelmallisia. Tämä on keskeisen tutkimustehtävän määrittely ja muodostaa tavallaan esitykseni ”erityisen osan”.

Uusia teorioita syntyy edelleen. Usein ne ovat entisten evoluutioversioita, toisinaan jo kauan omaksuttujen menettelytapojen kirjaamista yhtenäiseksi

97 Damaška 1997, s. 74: ”...a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remain essentially passive”.

”teoriaksi” tuoreella nimellä ja lisävarustein. On pakko tehdä valintaa. Tarkasteltaviksi olen jäljempänä ottanut eräitä keskeisimpiä teoriota ja metodeita.

Matkan varrella on syntynyt myös hiukan pienempiä, mutta yleisluontoisia kysymyksiä, usein dogmeista, jotka perinteisesti toistetaan kirjallisuudessa, mutta joiden yhteys todellisuuteen näyttäisi ohuelta. Laajempi kysymys liittyy oikeustosisiikka-käsitteen varauksettomaan käyttöönottoon niin todistusoikeudessa kuin useissa erilaisissa prosessitilanteissa, joissa taustat ja intressit ovat erilaisia. Dogmeista mainitsen tässä fraasit ”todistustaakka ja näyttökynnys eivät koske todistustosiasiota” ja ”oikeustosisiikkoja ovat vain fyysiset entiteetit”. Näiden yleisluontoisempien kysymysten käsittelyä voisi nimittää työn ”yleiseksi osaksi”.

Tutkimustehtävänä on siis todistusharkintateorioiden vahvuuksien ja heikkouksien selvittely ja arviointi. Ennen tätä teorioiden käsittelyä sivuan mainittuja yleisluontoisempia kysymyksiä, jotka ovat tarkemmin sanoen seuraavat:

1) Ensimmäinen kysymys herää yritettäessä jakaa seikkoja konkreettisiin faktoihin ja arvostuksenvaraisiin – kuten adjektiivisiin tai normatiivisiin – entiteetteihin. Käsittelen kysymystä jaksossa 3.3 ja 3.4. Käytännössä kysymys aktualisoituu ainakin todistusteeman kohdalla: klassinen esimerkki siitä on ongelma, tulisiko teemaksi asettaa tahallisuus tai huolimattomuus vai näiden osatekijät. Se voisi tulla esiin myös pohdittaessa kysymystä, kumman todennäköisyys ratkaisee, yksittäisten oikeustosisiikkojen vai oikeustosisiikaston. Näkökulmat liittyvät myös toisiinsa.

2) Toinen kysymys liittyy edelliseen ja on oikeastaan erityinen osa sitä, ja käsittelen sitä samoissa yhteyksissä. Kysymys on siitä, voiko ultima probandumina olla arvostuksenvarainen seikka tai sisältää sellaista komponenttina. Tämä väite perustuu, kärjistäen sanottuna, 1930-luvun arvokielteiseen filosofiaan. Teesini on, että väite ei pidä paikkaansa.

3) Kolmas erilliskysymys liittyy kirjallisuudessa esitettyyn dogmiin, että todistustaakka ja näyttökynnys eivät koskisi todistus- eikä aputosisiikkoja. Kolmas teesini koskee tämän väitteen paikkansapitävyyttä. Ehkä ne koskevat myös kokemus- ja oikeussääntöjen todistelua? Tätä käsittelen jaksossa 5.9.2.

4) Neljäs kysymys liittyy sekin tosiseikkoihin, tarkemmin sanoen oikeustosisiikka-termin valjastamiseen sekä todistusoikeudelliseen että yleisprosessuaaliseen käyttöön; jälkimmäisellä tarkoitan oppeja väittämistaakasta, preklusiosta, kanteenmuutoksesta, res judicatasta ja oikeusvoimasta. Vaikuttaa ensi katsannolta järkevältä, että termillä olisi sama sisältö, vaikka sillä eri käyttöyhteyksissä olisi erilaisia funktioita. Yhtenäistä käyttöä voi tukea periaate, että väittämistaakka-instituution oikeustosisiikka kulkee todistusoikeudellisen oikeustosisiikan edellä: jos edellistä ei tarvita, ei jälkimmäistäkään tarvita, ja jos edellinen on tarpeen, on jälkimmäinenkin tarpeen. Toisin päin tämä järjestys ei toimi. Näyttää kuitenkin siltä, että termille oikeustosisiikka on annettu kovin paljon

kuormaa kannettavaksi.⁹⁸ Tämä on tapahtunut nopeasti, auktoritatiivisesti ja lähes⁹⁹ kyseenalaistamatta. muotoilen kysymyksen niin, onko ehkä *käsitelainopillinen virhe* käyttää samaa termiä kokonaan erilaisissa käyttöyhteyksissä siten, että kussakin kontekstissa siihen liittyy erilaisia vaikutuksia tai ominaisuuksia, jotka kukin soveltuvat johonkin, mutta eivät kaikkiin yhteyksiin. Jäljempänä käsittelen esimerkiksi Bengt Lindellin väitöskirjassaan vuonna 1987 esittämiä näkökohtia¹⁰⁰, jotka itse tulkitsen ”ponnisteluksi” irtautua tästä pakkopaidasta: hän lähtee siitä, että sama tosiseikka voi (sanoisin: saa) olla jossakin yhteydessä oikeustositseikka, toisessa todistustositseikka.¹⁰¹ Palaan tähän jonkin verran todistusteeman käsittelyn yhteydessä, mutta sinänsä monitahoinen kysymys täytyy tässä yhteydessä jättää syvempää analyysia vaille.

En usko (enkä toivo), että näihin kysymyksiin on olemassa ”lopullisia totuuksia”. En sellaisia yritäkään antaa. En myöskään yritä keksiä uutta termiä todistusoikeudelliselle ultima probandumille tai ultima probandalle.¹⁰²

1.3.3 Rajanvetoa todistustaakkasääntöjen suuntaan

Todistustaakalla ja todistusharkinnalla on keskenään vuorovaikutusta. Miksi siis rajautua todistusharkintaan? Eikö olisi järkevää sisällyttää myös todistustaakkakysymykset aiheen piiriin?

Asian selventämiseksi jaan todistustaakka-käsitteen sisällön tai oikeastaan siihen oikeuskirjallisuudessa kohdistetun käsittelyn kahteen vapaamuotoiseen pääkomponenttiin: toisaalta todistustaakkaan juridisena käsitteenä, instituutiona, ja toisaalta todistustaakan (konkreettiseen) *jakoon* asianosaisten kesken. Edellisen komponentin käsittely on todistusharkinnan sisällön selvittämisen kannalta välttämätöntä ja sitä pyrin tekemään jaksossa 4. Kysymystä todistustaakan jaon perusteista ei sitäkään voida kokonaan sivuuttaa (jakso 4.3). Samanlainen jako voidaan tehdä näyttökynnyksen osalta; näyttökynnystä juridisena käsitteenä pyrin selvittämään jaksossa 5.

98 Olivecrona 1966, s. 205 ja 208 – 209 erotti tosiseikkojen kaksi eri dimensiota toisistaan. Väittämistaakkaan liittyi niin sanottu suksessiivinen relevanssi ja todisteluun suksessiivinen verifikaatio. Edellinen tarkoittaa vetoamisvelvollisuuden vaihtelua tosiseikasta tai -seikastosta toiseen asianosaisten välillä, jälkimmäinen vastaavasti näyttövelvollisuuden vaihtelua.

99 Viittaan myös Tolvasen kriittisiin näkemyksiin: Tolvanen 2005, s. 321 – 323.

100 Tulkitsen sellaisiksi esimerkiksi esitykset kohdissa Lindell 1987, s. 384 ja 398. Lindell siis väitteli Ruotsissa vähän aikaisemmin, kuin meillä otettiin tosiseikkojen kolmijako ”virallisesti” käyttöön.

101 Lindellin päämääränä näyttää kuitenkin olevan ratkaisun kokonaistodennäköisyyttä koskevien, (oikeus)tosiseikkojen todennäköisyyksien kumuloinnista aiheutuvien todellisten ongelmien välttäminen; ks. Lindell 1987, s. 398. Näihin ongelmiin, jotka eräät kirjoittajat ovat väistäneet katsomalla, että koko kumulointia ei tule lainkaan tehdä, palaan laajemmin näyttökynnystä koskevassa jaksossa todennäköisyyksien yhteydessä (oikeustositseikkojen todennäköisyydet erikseen vai koko seikaston todennäköisyys.)

102 Hyvinä vaihtoehtona voisi kyllä toimia esimerkiksi Tolvasen 2005, s. 312 – 323 evidentialisen oikeustositseikan nimeksi suosittelema termi, välittömästi (asiaan) vaikuttava seikka; todistustositseikan sijaan vastaavasti välillisesti (asiaan) vaikuttava seikka.

Perustelen tätä teoretisoinnilta tuntuvaan jakoa vielä seuraavasti.

Kun on kysymys todistustaakan *jaosta*, vaikuttaa luontevalta kysyä, myös tutkimuskohteena, ”kummalla asianosaisella on Suomen oikeuden mukaan todistustaakka tilanteessa, jossa vallitsevat premissit $f_1...f_n$?” Vastauksena kysymykseen on olemassa joukko sääntöjä, joille on ominaista aikojen kuluessa tapahtunut kiteytyminen ja jotka ovat voimassa usein melkoisen universaalisti eli lähes kansallisesta lainsäädännöstä tai common law’n paikallisesta sisällöstä riippumatta. Suuri osa säännöistä pohjautuu jo roomalaiseen oikeuteen ja on sieltä tullut osaksi yhteistä länsimaista kulttuuriperintöä. Yhteistä säännöille on, että premissien lukumäärä niissä on suhteellisen vähäinen.¹⁰³

Pohtiessaan, missä määrin selvyttä todistustaakkakysymyksiin voidaan saada käytäntöä tutkimalla, Tauno Tirkkonen on ollut skeptinen. Hän on pitänyt kyllä mahdollisena, että tietyillä erikoisaloilla voidaan siten saada kootuksi todistustaakan jakoa valaisevia tyyppitapauksia: niiden avulla ja turvautumalla samalla kirjallisuuden antamiin viitteisiin saatetaan ehkä päästä ”edes jonkinlaisiin tuloksiin”. Kuitenkin ”jonkinlaisen kokonaisratkaisun löytäminen todistustaakkaongelmaan on ja pysyy sitä vastoin utopiana”¹⁰⁴.

Tirkkosen menetekel osoittautuu tutkijalle nopeasti täydeksi todeksi. Perussyy on luonnollisesti se erilaisten tilanteiden kirjo, joka asiaa lähestyvälle avautuu ja jonka todellista laajuutta tuskin käy mieltäminen.¹⁰⁵ Mutta ei siinä kyllin. Todistustaakkaa sovelletaan aineellisoikeudelliseen ongelmaan, ja todistustaakkasäännöt ovat muutoinkin kiinteässä yhteydessä aineelliseen oikeuteen, elleivät ole sitä, kuten joskus on määritelty. Perinteinen todistusoikeuden tutkimus niin todistustaakkakysymysten kohdalla kuin yleisemminkin on liikkunut melko korkealla yleisyystasolla. Näkökulma on ollut tavallaan in abstracto -näkökulma. Osin todistustaakan, mutta erityisesti todistusharkinnan ongelmat liittyvät kuitenkin lopulta aina yksittäiseen seikkaan tai seikastoon; kysymyksenasetteluja voi yhdenkin jutun puitteissa herätä melkoinen määrä. Kulloisenkin harkintatilanteen riittäväksi analysoimiseksi ratkaisijan tai ylipäätään tietoa

103 Meillä esimerkiksi Jouko Halilan todistustaakan jakoa ja sen perusteita käsitellyt kirja vuodelta 1955 on edelleen käytännön tuomarien hyllyssä käytöstä koirankorville kuluneena. Lähes kaikkiin todistusoikeutta koskeviin esityksiin sisältyy todistustaakkaa koskeva jakso. Ruotsissa on Lars Heuman laatinut laajan siviiliprosessin todistustaakan jakoa koskevan teoksen, josta ei puutu tulkintasuosituksia (Heuman 2005).

104 Tirkkonen 1977, s. 119.

105 Tirkkonen näyttää mainitussa kannassaan olevan mutatis mutandis yllättävän samoilla linjoilla sen kanssa, mitä Strandberg 2012, s. 39 lausuu näyttövaatimuksen (todistustaakan ja näyttökynnyksen asettamisen) tärkeimpien oikeuslähteiden tutkimisesta. Strandberg luettelee lain normeja ja viittaa laissa vahvistamattomiin eli Norjan Høyesterettin prejudikatuurin laajuuteen; esimerkiksi termien beviskrav/bevisbyrde/tvilsrisiko haku internetissä 16.11.2009 oli riita-asioissa antanut 1190 osumaa, eivätkä nämäkään sanat kattane kaikkea. Niinpä Strandberg s. 41 viittaakin tulevaan jatkotutkimukseen, joka keskittyy siihen, miten ”beviskravsspørsmål blir løst i lovgivning og rettspraksis”.

etsivän olisi tiedettävä ja pystyttävä tekemään yksityiskohtaisesti selkoa siitä, miten esillä oleva, kanteessa esitetyn väitetyn tosiseikaston pohjalta hahmoteltu konstellatio esillä olevassa todistelutilanteessa järjesty.¹⁰⁶ Kaikenkattavasta ratkaisumallin yrityksestä muodostuu korkeintaan käsikirjamainen esitys.¹⁰⁷ Tehtävä karsii toiveet ”jonkinlaisen kokonaisratkaisun löytämisestä” ja pakottaa yksityiskohtaisempaan tarkasteluun pyrittäessä rajoittamaan näkökulmaa vähiin ja karkeasti yksinkertaistettuihin esimerkkitalanteisiin.

Esitykseni tarpeisiin riittää sen lähtökohdan hyväksyminen, että edellä mainitun kaltaisia sääntöjä – lainsäätöinä tai käytännössä vakiintuneina sääntöinä – on olemassa, ja sen presumoiminen, että jälkimmäistenkin lähtökohtainen ”voimassaolo” oikeuskäytännössä tunnustetaan,¹⁰⁸ joskin ilmeisesti usein sen enempää pohtimatta, mitä voimassaolo oikeusteoreettisesti tarkoittaa. Useat näistä säännöistä ovat maallikoidenkin keskuudessa tunnettuja. Jokainen kansalainen tietää velkomisesta ainakin sen, että velkoja ei voi saada tuomiota riittaiselle saamisvaatimukselleen, ellei pysty näyttämään, että osapuolten välillä on ollut olemassa saamista tarkoittanut velkasuhde. Keksityn vaatimuksen kohteeksi joutunut vastaaja, joka tietää, ettei ole ollut velkasuhteessa kantajaan, voi suhtautua sellaiseen vaatimukseen rauhallisin mielin. Ehkä tämä on osa Tirkkosen mainitsemaa oikeuslaitoksen nauttimaa luottamusta, jonka kannalta on edullisempaa turvautua todistustaakkanormeihin kuin luottaa ”heikkoon selvitykseen ja ratkaista juttu sen perusteella”.¹⁰⁹

Antoisampaa on kysyä esimerkiksi, miten näytön harkintaprosessi ”oikeasti” tapahtuu. Tässä yhteydessä voidaan ehkä saada myös näyttötaakkaa ja näytön riittävyyttä koskevaan sääntöön hivenen uuttakin näkökulmaa pyrkimällä selvittämään, onko *lähtökohtaisella* säännöllä merkitystä tai vaikutusta – ja jos on, onko sillä myös oikeasti vaikutusta todistusharkintaan vai onko kysymys vain esimerkiksi perustelujen kirjoittamisen yhteydessä tapahtuvasta harkintaprosessin justifikaation apuneuvosta. Juuri tässä liikutaan vuorovaikutuksen alueella – ja sitä enemmän, mitä enemmän valtaa todistustaakan jakoon ja ennen kaikkea näyttökynnyksen määrittämiseen suodaan näyttötuomarille.

106 106 Tosiseikastojen moninaisuus usein sivuutetaan todistustaakkaesityksissä ja vivahteista vaietaan tai ne ”vakiodaan”. Jäljempänä palaan tarkemmin yhteen suosittuun esimerkkiin, velan maksamiseen. Toisesta näkökulmasta voidaan kysyä, onko edes järkevää puhua enää säännöistä, jos muuttujia otetaan säännön ”ylälauseeseen” todellista juttua vastaava suuri määrä. Tämä johtaa tietysti kysymään koko todistustaakka-sääntöjen olemassaolon järkevyyttä.

107 Tällä en tarkoita sanoa, ettei käsikirjatyyppisiä esityksiä tarvittaisi. Hyvä esimerkki tällaisesta on Mikael Kullbergin kirja *Bevisbörda och beviskrav* 2018, joka sisältää suuren määrän tietoa eri oikeudenaloilla sovellettavasta todistustaakasta ja näyttökynnyksestä. Sellaisen teoksen käyttöarvo on suuri.

108 Samankaltainen lähtökohta on Strandbergillä 2012, s. 48.

109 Tirkkonen 1977, s. 117 – 118. Tirkkosen viittaus (ja samalla kannanotto) kohdistuu övervikt-periaatteen kannattajien suuntaan. – Joka tapauksessa näiden sääntöjen olemassaolo yhteiskunnallisena tosiasiana antaa aiheen lähteä siitä, että koko todistustaakkainstituutiota ei voida ”noin vain” hylätä.

Tätä problematiikkaa ja ”työnjakoa” lainsäätäjän ja näyttötuomarin kesken käsitellen jaksossa 5.4.

Oppikirjojen todistelua koskevissa esityksissä lähdetään usein tietynlaisesta pienen prosessin ideaaliyyypistä, jossa esiintyy enintään muutama henkilöto-distaja ja joitakin kirjallisia todisteita. Kun malliprosessissa kantaa on otettu ja loppulausunnot annettu, asia on valmiina pohdittavaksi ja ratkaistavaksi; ratkaisun tapahtumista kuvataan yleensä yksinäistuomarin harkinnaksi. Istunto on kestänyt ehkä jonkin tunnin, ja ratkaisu kuvataan voitavan julistaa melkein saman tien. Esimerkiksi katselmus päättyy erikseen kuvattavaksi tilanteeksi, jonka niveltymistä osaksi oikeudenkäyntiä ei erityisesti käsitellä. Kaiken kaikkiaan menettelyn kuvauksissa voi pohjavirtana havaita jonkinlaisen pienimuotoisuuden ja staattisuuden.

Edellä kuvattu on luonnollisesti kärjistetty tiivistelmä. Yksinkertaistuksilla on yhtymäkohtia erilaisiin esimerkkitapauksiin, joissa kuvataan esimerkiksi todistustaakan jakoa jonkin irrotetun yksityiskohdan osalta. ”Totuus” prosessista on kuitenkin monesti karullakin tavalla toisenlainen. Ei ole harvinaista, että käsittely kestää useita päiviä, jopa viikkoja, eivätkä kuukausiakaan kestäneet prosessit ole enää ainutlaatuisia. Näyttöä vastaanotetaan pitkin matkaa. Ratkaisun harkinta ja päätöksenteko voi myös olla pitkäkestoinen tehtävä. Prosessia ei edelleenkään edes alioikeudessa aina käy yksinäistuomari, vaan hänellä on lautamiehiä, jotka yhtä kaikki osallistuvat käsittelyyn ja päätöksentekoon, jopa tuomarin statuksella. Muutoksenhakuasteet ovat säännönmukaisesti asiaratkaisuissaan monijäsenisiä. Prosessi muutoksenhakuasteessa voi edelleen kestää kauan. Kestot niin alioikeudessa kuin muutoksenhaussakin voivat johtua monesta syystä, ja on turhaa tässä suhteessa sulkea silmiä resurssikysymyksiltäkään. Päätöksenteko ei tapahdukaan pienen ideaaliprosessin muodossa.

Iso vedenjakaja prosessioikeudellisessa tutkimuksessa on siviili- ja rikosprosessin erottelu. Olkoonkin, että monet instituutiot ja menettelytavat ovat samanlaisia, prosessilajien erot ovat joissakin suhteissa huomattavia, mikä juontaa juurensa historiallisiin syihin ja rikosoikeuden taustalla oleviin filosofioihin. Viimeaikainen kehitys on ollut omiaan joissakin suhteissa vielä terävöittämään näitä eroja. Vaikka esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimus 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksineen kattaa myös määrätyissä puitteissa¹¹⁰ siviiliprosessia, tuon sääntelyn pääpaino on henkilön rikosprosessuaalisen aseman turvaamisessa. Rikosprosessin puolella on periaatteita ja ilmiöitä, joita ei siviiliprosessissa käytännössä tavata tai jotka eroavat siviiliprosessin puolella tavattavista. Ehkä todistusoikeuden kannalta olennaisin näistä on favor

110 Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 312 katsovat, että EIS 6 §:n 1 artiklan soveltaminen muihin kuin rikosasioihin on eräs kaikkein ogelmallisimpia kohtia EIS:n soveltamisessa. Sopimuskohdan mukaan sitä sovelletaan silloin, kun päätetään henkilön ”oikeuksista ja velvollisuuksista” (”civil rights and obligations”). Kirjoittajat pohtivat rajanvetoa siviilioikeuteen s. 312 – 329.

defensionis -periaate, joka sisältää muun ohella virallisen syyttäjän lähtökoh-
taisen, jokoisessa keskeisessä kysymyksessä vallitsevan näyttövelvollisuuden ja
in dubio pro reo -säännön.

Ulkomaiset esimerkit kuitenkin kehottavat pohtimaan, onko prosessilajien
erottelu järkevää ainakaan todistusharkinnan osalta.

Näytön ”riittävyyskysymykset” luetaan nykydoktriinin mukaan usein
todistustaakkaan kuuluviksi ja niitä vielä pidetään normatiivisina.
”Riittävyyskysymys”-ilmaisu sisältää kuitenkin kaksi aspektia, vaatimuksen
asettamisen siitä, mikä riittää, ja sen arvioimisen, riittääkö nyt esitetty näyttö
siihen. Ainoastaan edellinen kuuluu todistustaakan piiriin, tavallaan sen alail-
miöksi. Sen sijaan esitetyn näytön riittävyyden arviointi on olennainen osa
todistusharkintaa.

Edellä tehtyjen hahmotusten perusteella voi tutkimustehtävän kiteyttää kes-
kittymiseen tuomioistuimen, lähinnä näyttötuomarin, toimintaan todistelun
vastaanottamisen jälkeen. Todistustaakalla ja näyttökynnyksellä on tärkeä osa
myös todistelumenettelyn ohjaajana. Toisaalta näyttökynnys liittyy keskeisesti
todistusharkintaan. Nämä toiminnot ovat vuorovaikutuksessa keskenään.

1.3.4 Ulkomaiden oikeuden hyödyntämisestä

Todistusharkinnan kysymykset ovat universaaleja.¹¹¹ Kansallisten lainsäädän-
töjen tai common law -oikeuden määrittämät polut, joita pitkin todistelume-
nettelyssä kuljetaan, vaihtelevat kyllä eri järjestelmien välillä.¹¹² Kuitenkin sen
kysymyksen eteen, minkälaista näyttöä on ollut tarpeen esittää ja onko näyttö
ollut riittävä, joutuu lopulta yhtä lailla niin suomalainen tai englantilainen yk-
sinäistuomari tai ylioikeuden kollegion jäsen, kuin suomalainen lautamies tai
brittiläisen juryn tai norjalaisen lagrettin jäsen. Voidaan asettaa oletukseksi,
että tämä harkintatehtävä ei ole samalla tavalla sidoksissa lainsäädäntöön kuin
todisteiden vastaanottamiseen ja sallittuisuuteen yleensä liittyvät kysymykset.
Harkinnan työkalujen voidaan olettaa olevan melko samankaltaisia maasta ja
oikeusjärjestelmästä riippumatta. Kuitenkin voi olla olemassa eroja, joista voi
saada myös oppia.¹¹³ Pyrin tuomaan esiin ulkomaisten oikeusjärjestelmien to-
distusoikeutta mannermaisten järjestelmien osalta Ruotsista, Norjasta¹¹⁴ ja osin

111 Strandberg 2012, s. 48: ”genuint internasjonal”.

112 Vertailevasta todistusteoriasta yleisemmin Strandberg 2012, s. 81 – 83.

113 Common law -järjestelmän ja mannermaisen (romaanis-germaanisen) järjestelmän eroja ja mahdollista lä-
hentymistä myös eurooppaoikeus huomioon ottaen käsittelee Husa 1999, s. 380 – 383.

114 Strandberg 2012, s. 33 – 37 luonnehtii norjalaisen todistusteorian perustuvan Eckhoffin vuonna 1943 julkai-
semaan, todennäköisyysteoriaan pohjautuvaan tutkimukseen ja olevan eräänlaisen oikeuspragmatismen lei-
maama. Teorian perusteita ei hänen mukaansa ollut vuoteen 2000 mennessä problematisoitu, vaan tuo aika
oli ollut melko köyhää teoriasta. Vasta muun muassa Eivind Kohlflaathin, Hans Petter Graverin, Strandbak-
kenin, Torgensenin ja hänen itsensä 2000-luvulla julkaisemat tutkimukset ovat puhtaasti todistusteoreettisina

Saksasta sekä common law'n osalta Yhdistyneestä kuningaskunnasta. Lisäksi käsittelen Yhdysvalloissa rikkaasti esitettyjä ja kehiteltyjä todistusharkinnan teorioita ja menettelytapoja. Jälkimmäisten suhteen on kuitenkin varautuneisuus paikallaan sikäli, että varsinkin Yhdysvalloissa edelleen maallikoista koostuvan juryn ja vastaavasti tuomarin sille antaman ohjauksen merkitys on huomattava, mikä saattaa olla ainakin taustalla eräiden tutkijoiden todistusharkintaa koskevissa esityksissä.

Kysymys ei ole oikeusvertailusta tavanomaisessa merkityksessä, vaan pikemminkin siitä, mitä Lainpelto nimittää oikeusjärjestelmäperspektiivin vaihtamiseksi *sisäiseen todistusoikeudelliseen perspektiiviin*.¹¹⁵ Käytän vertailua todistusharkintaan liittyvien kysymysten ja ennen kaikkea niiden ratkaisumallien kuvaamiseen, perusteleminen ja kehittämisen yrityksiin.¹¹⁶ Pyrkimyksenä on myös selvittää, onko niiden ulkomaisilla versioilla nykymuodossaan annettavaa suomalaiselle ajattelutavalle. Esimerkkinä voi viitata numeeristen todennäköisyysteorioiden soveltuvuuteen. Niitä on meilläkin esitelty, varsinkin Hannu Tapani Klamin toimesta, vaikka hänkin lopulta totesi, että ”tuomari ei laske”. Kuitenkin todennäköisyysteoriat elävät tänään edelleen vahvasti common law'n piiriin luettavassa doktriinissa. Onko niiden käyttövoima pelkästään filosofointi vai olisiko niistä jotakin käytännön oppia sittenkin saatavissa? Laskeeko tuomari *on the bench* tai peräti valamies, tai pitäisikö hänen tai hänen suomalaisen kollegansa laskea ja mitä?

Juuri matemaattisten mallien osalta Yhdysvaltain doktriinin ja käytännön mukaan ottaminen esitykseen on perusteltavissa. Todisteiden vastaanottamista, sallittavuutta ja muuta todistelumenettelyyn liittyvää sitovat Yhdysvalloissa esimerkiksi Isoa-Britanniaa enemmän monimuotoiset, kansalliseen prejudikaatuuriin liittyvät todistelusäännöt, jotka nekin voivat juontua juryyn liittyvistä motiiveista. Näillä ei välttämättä ole kovin suurta mielenkiintoa aiheen kannalta.¹¹⁷ Sen sijaan todistusharkintaa koskeva doktriini, niin filosofiaan, logiik-

kirjoituksina nimenomaisesti irtautuneet ”Eckhoff-traditiosta.” – Norjalaisesta näkökulmasta asia varmaan on mainitulla tavalla. Mielestäni Eckhoffin vaikutus yleiseen todistusteorian tutkimukseen on ollut merkittävä. Hän on eräs harvoja tutkijoita, jotka ovat rikastaneet todistusharkinnan tutkimusta systeemiteorian avulla. Ottaen vielä huomioon muut muun ohella kertomusmallia käsitelleet kirjoittajat (Strandberg mainitsee Mælandin ja Robberstadin) ei ole aihetta valitteluun, jota Strandberg esittää Norjan todistusteoriaa Saksan ja Ruotsin vastaaviin vertaillen.

115 Lainpelto 2012 s. 24. – Tavanomaisen oikeusvertailun ongelmaksi saattaa koitua aineiston nopea vanheneminen. Esimerkiksi Mirjan H. Damaškan kiitettyä mannermaisen ja common law -todistusoikeusjärjestelmän vertailua (Damaška 1997) vaivaa havaitakseni hienoinen vanhentuneisuus. Se ei kuitenkaan ole suureksi haitaksi ”sisäisen näkökulman” kannalta.

116 Lähtökohta on samantyyppinen kuin Justus Könkkölällä 2009, s. 27 ja alaviite 82.

117 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 161 varoittaa aiheellisesti, että voi olla kyseenalaista, onko mahdollista siirtää kokeneeseen ruotsalaisen tai mannermaisen järjestelmän ammattituomariin ilman muuta tuloksia amerikkalaisesta tutkimuksista, joka on suoritettu henkilöillä, joiden on määrä edustaa valamiehiä. – Nähdäkseni varoitus on turhankin lievä. Koehenkilöt (”mock juryn” jäsenet) saattavat olla esimerkiksi college-opiskelijoita, joiden taidot ja tiedot voivat olla hyvin kaukana todellisesta, vastuun ottamista edellyttävästä oikeudenkäyntitilanteesta. Pikemminkin vertailukohtina voisivat olla eri järjestelmien

kaan kuin käytännön todistajanpsykologiaankin kohdistuva, on kehittynyttä ja tutkimus ja debatti on vireää. Tänä päivänä on usein vaikeaa ja turhaakin vetää rajalinjoja Britannian ja USA:n tutkijoiden välille.

Kansainvälisillä sääntelyillä, kuten EIS:lla ja sen pohjalta syntyneellä EIT:n runsaalla oikeuskäytännöllä, EU-oikeudella ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on kasvava merkitys kansallisessa lainkäytössä myös todistusoikeuden kannalta. Erityisesti EIT:n niin sanottu ainoa tai pääasiallinen -oppi kohdistuu todistusharkintaan ja sillä on ollut suuri merkitys eräiden fundamentaalisten instituutioiden esilletuojana ja korostajana.

Common law -maissa todisteiden arvioimiseen liittyvästä aktiviteetista ja ratkaisutoiminnasta käytetty ilmaisu *fact-finding* on alkukielellä osuva,¹¹⁸ mutta hankala lyhyesti ja kattavasti kääntää. Jos kysymys on valamiesoikeuden käynnistä, fact-finding on juryn tehtävänä, ja jos tuomari on yksinään *trial on the bench* -oikeudenkäynnissä, se on muiden tehtävien ohessa hänen asiansaan. Fact-findingiin liittyvä kirjallisuus, oikeuskäytäntö ja ylipäättään menettelyn kulttuuri ovat myös mannermaiseen traditioon tottuneelle ja urautuneelle antoisia. Jury-järjestelmään liittyviä piirteitä kohtaan tunnetaan epäilemättä paljon varauksellisuutta. Englannin osalta tosiasiallinen oikeudenhoidollinen ero ei taida kuitenkaan olla niin suuri kuin ensi katsannolta näyttäisi: Englannissa jury-oikeudenkäyntien määrä on vähäinen, ja ylivoimaisesti suurin osa jutuista ratkaistaan yksinäistuomarin johdolla.¹¹⁹ Toinen asia on, että suurin osa perinteistä todistusoikeudellista kirjallisuutta keskittyy juuri jury-oikeudenkäyntiin – seikka, joka on kohdannut ankaraakin arvostelua todistusoikeuden tutkijoilta.¹²⁰ On tavallaan paradoksi, että niin pohjoismaisten todistusharkintateorioiden, kuten jo Ekelöfin todistusarvoteorian, ja useiden common law’n

yksinäistuomarit, mutta tietoisuus, että kysymyksessä on ”vain” tutkimus, voi haitata tällöinkin: ks. esimerkiksi Klamin tutkimusryhmineen Rätt och sanning -projektissa tekemästä tutkimuksesta, jossa vastausprosentti ruotsalaisilla tuomareilla oli 23 % ja suomalaisilla 20,8 %: Lindell 2017, s. 636 – 637 alaviite 206. – Factfinder-tutkimuksissakin näkyy ainakin Englannin osalta epäjohdonmukaisuus: vaikka juryn merkitys on suuresti vähentynyt, oikeuskirjallisuus on tutkinut pääosin juuri valamiehistön toimintaa. Law in action ja law in books voivat olla kaukana toisistaan. Sen sijaan USA:ssa juryjärjestelmä on, eräänlaisena ”lähtökohtana”, edelleen laajalti käytössä. – Koetilanteiden validisuuteen kuvata todellisuutta suhtautuvat positiivisesti Magnussen ja Melinder 2014, s. 613 alaviite 19.

118 Ho 2008 s. 1: Fact-finding refers to the task of (i) arriving at and (ii) giving answers to (iii) questions of fact” ja s. 52: ”Fact-finding’ is the exercise of finding the facts, a search for the truth.”

119 Twining 2006, s. 169 ja alaviite 17 sekä s. 201: Melkein kaikissa common law –oikeusjärjestelmissä Yhdysvaltoja lukuun ottamatta jury on kokonaan tai lähes kokonaan hävinnyt siviiliasioiden oikeudenkäyntimenetelmästä. Jury on vähemmän tärkeä Englannissa kuin Yhdysvalloissa; yhä pienempi osuus rikosjutuista, vakavimpia lukuun ottamatta, ratkaistaan jury-oikeudenkäynnissä. Jury on Englannissa melkein hävinnyt riita-asioissa ja sen käyttö on Yhdysvalloissa laskemassa. Englannissa ja Walesissa riitajuttujen jury-oikeudenkäyntien määrä on harvoin enemmän kuin 15–25 vuodessa. Vuonna 1973 47 prosenttia vankilaan tuomituista tuomittiin Crown Courtissa, 43 prosenttia maistraatinoikeuksissa ja 10 prosenttia ratkaistiin maistraatinoikeuksissa ja tuomittiin vankeuteen Crown Courtissa. Suurin osa näistä oli tunnustettuja asioita. – Twining varoittaa kuitenkin liioittelemasta juryn vähenemistä. Angloamerikkalaisessa järjestelmässä annetaan suuri arvo mahdollisuudelle jury-oikeudenkäyntiin vakavissa rikosjutuissa. – Juryn yleisestä roolista ja sen käytöstä rikosprosessissa nykyään eri oikeusjärjestelmissä Pakes 2010, s. 108 – 122.

120 Esimerkiksi Twining 2006, s. 169–170.

matemaattisten teorioiden synnyn taustalla ovat olleet osaksi samanlaiset pelot todistusharkinnan ”liiallisesta” vapaudesta – edellisillä tuomariin, jälkimmäisillä juryyn kohdistettuina.

Valamiehistön ratkaisu rikosasiassa sisältää lopputuloksen syylliseksi tai syyttömäksi katsomisesta. Yleispätevästi on tavallisesti sanottu, ettei jury perustele eikä edes saa perustella ratkaisuaan. Tämäkin väittämä on joutunut uuteen valinkauhaan EIT:n oikeuskäytännössä. On myös esitetty, että juryn ”finding” sisältää muutakin ainesta kuin pelkän seikkojen arvioimisen akselilla tosi/epätosi.¹²¹

Valamiehistön tehtävän kohdalla on paikallaan vielä yksi lisävaraus. Erääksi todisteen arviointiperustaksi määritellään jäljempänä todisteen relevanssi, merkityksellisyys todistettavan asian kannalta. Niin mannermaalla kuin common law’n piirissä on säädetty tai määrätty menettelyjä, joilla asiaankuulumattomat todisteet pyritään karsimaan. Tämä kuvaa osaltaan todistelumenettelyn ja -harkinnan vuorovaikutusta. Mannermaisessa järjestelmässä vähemmänkin relevantilta näyttävä todiste etenee joka tapauksessa fact-finderille eli tuomarille asti. Common law -järjestelmissä relevanssin arvioiminen ei useinkaan etene fact-finderille eli jurylle asti, vaan puheenjohtajan tehtävänä on karsia epärelevanttina pitämänsä aineisto.

Näytön riittävyyttä kuvaavasta vaatimuksesta tai näytöltä vaaditun voimakkuuden kuvaajasta käytetään yleisesti ilmaisua *standard of proof*. Tämä vastaa hyvin näyttökynnys-termiä. Toinen asia on, missä näyttökynnys sijaitsee: se ei *näyttäisi* olevan common law’n piirissä aina samassa kohdassa kuin saksalaisperäiseen tai pohjoismaiseen oikeusoppiin totuneissa järjestelmissä.

Common law -kirjallisuuden termin ’judicial’ olen jäljempänä kääntänyt ilmaisulla, joka tarkoittaa tuomarin – näyttötuomarin, fact-finderin – suoritettavaa toimenpidettä, kuten harkintaa tai ratkaisemista; vastineena en ole käyttänyt suomen sanaa ’oikeudellinen’ tämän monimerkityksisyyden vuoksi.

1.3.5 Lähestymistapoja todistamiseen ja todistetuksi tulemiseen

Todistelumenettely – todisteiden esittäminen ja vastaanottaminen – sekä todistusharkinta ovat kuitenkin tiiviissä vuorovaikutuksessa keskenään. Pyrin selvittämään tätä vuorovaikutusta, sillä todistelumenettelyllä on huomattava merkitys todistusharkinnan kululle ja sen lopputuloksen paikkansapitävyydelle;

121 Ks. Ho 2008, s. 2 ja sen alaviitteessä 2 mainittu ”Vrt” Peter Brett, *An Inquiry to Criminal Guilt* (London, Sweet & Maxwell 1963) 73-74: ”Usein todetaan, että jury ratkaisee faktakysymyksen, kun tuomari ratkaisee oikeuskysymyksen. Tämä voi olla totta siviilijutuissa, mutta rikosasioissa mikään ei voisi olla kauempana totuudesta. Juryn funktio rikosoikeudenkäynnissä ei ole pelkästään faktojen ratkaiseminen; se on syyllisyyden ratkaiseminen.”

kuten Leppänen ja Virolainen ovat todenneet, ideaalisinkaan näytön arviointi ei voi korjata todistusaineiston tai sen käsittelyn puutteellisuutta.¹²²

Palaan ydinkysymykseeni, mitä todistusharkinta on. Lausudessaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistamista koskeneessa mietinnössään riita-asiaain näyttökynnyksen uudesta muotoilusta, uskottavaa näyttöä koskevasta vaatimuksesta, eduskunnan lakivaliokunta käytti Lappalaisen uudempaa määrittelytapaa todistusharkinnasta.¹²³

”Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on kehitelty erilaisia todistusharkintateorioita. Tällaisilla malleilla on päätöksentekoa yleisesti jäsentävä ja havainnollistava vaikutus. Lainsäädännössä ei kuitenkaan ole pyritty asettamaan yhtä todistusharkintamallia muiden edelle, vaan pyritty havainnollistamaan näyttökynnyksen korkeutta. Näyttökysymyksen ratkaisussa voidaan kuitenkin erottaa kaksi osaa. Ensinnäkin tuomarin tulee ottaa kantaa siihen, mikä on esitetyn todisteiden näyttöarvo eli todistusvoima (todistusharkinta). Tuomarin on harkittava, miten vahvaa tukea todiste antaa sille, että todistettava asia on tapahtunut tai on totta. Toiseksi tuomarin on harkittava, antavatko todisteet niin vahvaa tukea todistettavalle asialle, että näyttökynnys ylittyy, jolloin asiantila otetaan tuomion pohjaksi (näytön riittävydestä päättäminen). Tällöin tuomari vertaa näytön todistusvoimaa edellytettyyn näyttökynnykseen. Käytännössä nämä kaksi kysymystä sulautuvat kokonaisuudeksi.”

Tässä tutkimuksessa todistusvoiman määrittäminen ja esitetyn näytön riittävydestä päättäminen ”sulautuvat” todistusharkinnaksi.¹²⁴ Todistusharkinta alkaa yksittäisen todisteiden kohdalta ja päättyy yhdistelemispolkujen kautta näytön kokonaisarviointiin. Todistusharkintaa ei voida käsitellä ottamatta huomioon sen systeemiympäristöä, varsinkin todistustaakka- ja näyttökynnyksinstituutioita.¹²⁵

On kuitenkin tehtävä ero toisaalta todistustaakan ja näyttökynnyksen korkeuden asettamisen ja toisaalta esitetyn näytön riittävyysarvioimisen välillä. Jo Eckhoff katsoi vuonna 1943, että näyttökynnyksen asettaminen oli osa todistustaakkaa, ei todistusharkintaa.¹²⁶ Vaikka näyttökynnyks yksittäisissä

¹²² Leppänen 1998, s. 157, Virolainen 1999, s. 133.

¹²³ LaVM 19/2014. Ks. Lappalainen 2001, s. 294 – 295, ja Lappalainen – Rautio 2017, s. 711 – 712. Käsityksen taustoista ks. Lappalainen 2001, s. 295 alaviitteissä 4 ja 5 mainitut lähteet.

¹²⁴ Niinpä Ekelöf 1977, s. 8 – 9 toteaa: ”Den ifrågavarande intellektuella verksamheten under pläderingen och överläggningen till dom kallar jag för *bevisvärdering*. I regel består denna i att man från existensen av ett faktum (factum probans, bevisande faktum) drar en slutsats rörande existensen av ett annat faktum (factum probandum, faktum som skall bevisas).” – Näytön riittävyysarviointia taas koskee termi bevisprövning.

¹²⁵ Käsittääkseni on akateemisen hyödytöntä ajatella todisteiden tai koko todistusaineiston näyttöarvon määrittämistä ilman, että tähdätään tiettyyn tarkoitukseen eli vertaamaan, onko esitetty näyttö riittävä. Samoin todistusharkintateoriat sisältävät ajatuksen näytön riittävyteen pyrkimisestä.

¹²⁶ Eckhoff 1943, s. 16. Jos olen oikein tulkinnut, hän asettui kannanotossaan tuolloin vallinnutta doktriinia vastaan, sillä Norjassa ja Tanskassa katsottiin, ettei näytön määrävaatimuksen määrittäminen kuulunut todistustaakkaan, vaan oli osa tuomarin todistusharkintaa; Jerkø 2017, s. 93. Ks. myös Ekelöf 1947, s.2.

harkintatilanteissa saattaa jonkin verran ”huojua”, lähtökohtana ja hypoteesina kuitenkin käsittääkseni voidaan edelleen pitää, että todistustaakasta ja näyttökynnyksen korkeudesta määrittäminen on lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen asia, ei juttukohtainen tuomarin ratkaisu. Tätä kynnystä voi nimittää abstraktiksi näyttökynnykseksi.

Näin asia on siis lähtökohtaisesti. Todellisuudessa lainsäätäjä ei voi eikä sen pidäkään lähteä yksityiskohtaiseen sääntelyyn. Se asettaa yleisiä normeja ja sääntelee tarkemmin vain rajattuja erityistilanteita. Mitä moninaisimpien ja kirjavimpien tilanteiden, asetelmien ja seikastojen paletti asettaa lainkäyttäjän asemaan, jossa tämä joutuu ottamaan kantaa siihen, mitä esillä olevassa tilanteessa on oikeasti vaadittava – keneltä ja kuinka paljon. Suurelta osalta niin todistustaakan jakoa kuin näyttökynnyksen vaadittavaa korkeutta koskevat, erivahvuiset säännöt ovat kehittyneet ja kehittyvät oikeuskäytännössä. Sellaista kynnystä, jota näyttötuomari esillä olevassa jutussa soveltaa, voi nimittää konkreettiseksi näyttökynnykseksi.

Tuomarin mahdollinen liikkumavara, näyttökynnyksen joustavuus, ei poista tarvetta pitää erillään näyttökynnyksen asettaminen ja ratkaisu sen ylittymisestä. Sekä Olivecrona¹²⁷ että Bolding¹²⁸ ovat korostaneet, että on tärkeää pitää erillään todistustaakka ja todistusharkinta. Kun näyttökynnyksen asettaminen katsotaan osaksi todistustaakkaa, sanottu koskee yhtä hyvin näyttökynnyksen asettamisen ja todistusharkinnan erillään pitämistä. Nähdäkseni keskustelua on sotkenut se epätarkkuus, jolla on puhuttu ”näytön riittävyyskysymyksistä”¹²⁹ tai ”näytön riittävyyden problematiikasta”¹³⁰ – erittelemättä, tarkoitetaanko kulloinkin esitetyn todistusaineiston vahvuuden riittävyyttä näyttökynnyksen ylittämiseen vai näyttökynnyksen ja jopa todistustaakan asettamista. Pitäisin siis nämä kaksi asiaa eri kysymyksinä tai eri ”problematiikkana” – ainakin niin kauan kuin on yksimielisyys siitä, että todistustaakkaa ja näyttökynnystä ei asettaisikaan lainsäätäjä vaan tuomari kulloisessakin jutussaan. En kuitenkaan usko, että tällaista konsensusta syntyy.¹³¹

127 Olivecrona 1930, s. 132.

128 Bolding 1951, s. 125 – 126.

129 Lappalainen – Rautio 2017, s. 712.

130 Jonkka 1993, s. 21 käyttää tätä ilmaisua, mutta hän pitää selkeästi erillään asetetut (yleiset) näyttökynnykset ja juttukohtaisesti (ad hoc) määritettävät näyttökynnykset. Jonkka 1991, s. 118 alkaen, käsitellessään rikosprosessuaalisia kynnysisiä, nimittää edellisiä abstraktisiksi näyttövaatimuksiksi ja tarkastelee niitä konkreettisen syytekynnyksen kannalta; s. 274 hän nimittää jälkimmäisten näyttövaatimusta konkreettiseksi. Ks. myös Jonkka 1992, s. 117 – 122.

131 Jonkka 1993, s. 21 lausuu: ”Näytön riittävyyttä koskeva kysymys on normatiivinen”. Käsittääkseni näyttökynnyksen asettamista koskeva kysymys on normatiivinen – niin todistustaakan kui näyttökynnyksenkin korkeuden määrittäminen on lainsäätäjän asia tai prejudikatiivinen ratkaisu, mutta se kysymys, onko esitetty näyttö todistanut kanteeseen tai syytteeseen sisältyneet tosiseikat paikkansapitäviksi eli ylittääkö esitetty todistelu näyttökynnyksen, on käsittääkseni *lähtökohtaisesti* pikemminkin episteeminen, todennäköisyyksien vertailusta koostuva. Jos kuitenkin ollaan sillä kannalla, että näyttökynnyks voidaan määrittää juttukohtaisesti ja niin, että esitetty näyttö vaikuttaa kynnyksen asettamiseen (Jonkka 1993, s. 21 alaviite 7), näyttötuomarilla on edessään normatiivinenkin tehtävä.

Kysymys, jostaako näyttökynnys jutun mukaan eli onko näyttötuomarilla valta määritellä ad hoc konkreettinen näyttökynnys, jakaa tällä hetkellä tutkijoita; osaksi tästä saattaa olla kysymys myös siinä, katsooko kirjoittaja esitetyn näytön vahvuuden / riittävyyden kuuluvan todistusharkintaan vai sen ulkopuolelle.¹³² Tätä käsitellen laajemmin omassa jaksossaan.

Miksi käsitellä näyttökynnystä todistusharkintaa koskevassa esityksessä? Koko todistusharkinnan mielekkyys lepää näyttökynnyksen olemassaolon päällä. Tilanne, että näyttökynnystä ei ole, on mahdoton sekä teoriassa että käytännössä. Vaikka mitään standardia ei olisi olemassa, näyttötuomari on, katsoessaan seikan tai jutun tulleen näytetyksi toteen, *jo soveltanut jotakin* – ainakin omaa subjektiivista käsitystään näyttökynnyksestä, johon hän on esitettyä näyttöä verrannut. Vaikka näyttötuomari saisi itse täydellisesti päättää näyttökynnyksen paikan, hän suorittaisi koko ajan vertailua esitetyn ja vaatimansa näytön vahvuuden välillä.¹³³ Näiden välillä vallitsee jatkuva vuorovaikutus, *Wechselwirkung*. Teoreettiset jaottelut ja mallit voivat kuvata parhaimmillaankin vain osaa tästä prosessista. Tältä pohjalta tiukka teoretisointi, kuten käsiteopillinen jaottelu siitä, mihin jokin harkinnan vaihe ”kuuluu”¹³⁴, on vailla *relevanssia*. Kuten Strandberg magnum opuksessaan asian ilmaisee, niin bevisvurdering ja beviskrav keskenään kuin bevisbyrde ja beviskrav keskenään ”henger tett sammen.”¹³⁵

Kysymyksessä toteennäyttämisestä ja todistetuksi tulemisessa tuomioistui-
messä on kysymys usean eri tieteenalan leikkauskohdasta: perinteellisestä lainopillisesta tai oikeustieteellisestä, epistemologisesta eli tietoa käsittelevästä ja tutkivasta, psykologisesta ja jopa luonnontieteellisestä ja lääketieteellisestä. Näyttötuomarit pohtivat – ”nopealla ajattelulla” – jo näyttöä vastaanotettaessa

132 Esimerkiksi Klami 2000, s. 73, ilmoittaa selkeänä kantanaan, että ”todistustaakkanoormeja ei voi asettaa yhtenäisin näyttökynnyksin, sillä epävarmuus faktoista voi olla peräisin eri lähteistä, se voi olla eriasteista, ja sen seuraamukset voivat olla erilaisia riippuen siitä, mistä oikeusnormeista ja millaisista oikeusvaikutuksista on kyse.” ”Näyttökynnyksestäkin voidaan pyrkiä antamaan viitteitä.” – Lappalainen 2001, s. 297 (samoin Lappalainen – Rautio 2017, s. 713) taas sitoo näyttökynnyksen näkemisen ”joustavampana ilmiönä” tavallaan perinteisestä ”täyden näytön” käsityksestä irtautumiseen. – Tosin erilaisia näyttökynnyksiä on ollut olemassa lainsäädännössäkin jo vuosikymmeniä sen jälkeen, kun OK 17 luku vuonna 1948 uudistettiin, eikä täydestä näytöstä enää puhuttu kovin paljon muualla kuin oppikirjoissa. – HD käyttää täyden näytön termiä edelleen – mutta merkityksessä riittävä näyttö.

133 Eikä ”näyttötuomarin” tarvitse olla lainoppinut. Common law -tuomioistuimessa ammattituomari opastaa satunnaisesti valittuja maallikoita, ennen kuin nämä ryhtyvät pohtimaan näytön riittävyyttä, mitä näyttökynnyksen ilmaus, esimerkiksi beyond reasonable doubt tai balance of probabilities, tarkoittaa. Eräänlainen todistus oikeudellisen kirjallisuuden genre on syntynyt näistä ohjauksista, ehkä siksi, että ne ovat se kohta, johon muutoksenhakija voi päästä kiinni.

134 Lappalainen 2001, s. 297 – 298 (suunnilleen samoin 2017, s.713) pitää ”todistus oikeudellista jäsentelyproblematiikkaa”, esiteltään sitä, kuitenkin akateemisena ja teoreettisena hahmottamisasiana. – Tähän ei ole vastaan sanomista.

135 Strandberg 2012, s. 48. Strandberg toteaa, että näyttövaatimuksella voi olla oikeudellisesti ohjaava vaikutus todistusharkintaan, niin että monet näyttövaatimusta koskevat opit ovat todellisuudessa myös todistusharkinnan oppeja. S. 335 hän lausuu, että näyttökynnyksen sitovuus suhteessa todistusharkintaan riippuu kynnnykseen sisältyvien käsitteiden tarkoituksen syvyydestä. Kysymys on siitä, miten vahvasti näyttövaatimus ohjaa todistusharkintaa ja minkämuotoista ohjausta se mahdollisesti antaa.

sen merkityksiä, samalla tavoin kuin esimerkiksi asianosaisten avustajat. Varsinainen todistusharkinta alkaa oikeussalin ovien sulkeuduttua. Sanottujen tieteenalojen oppien lisäksi tällöin kuvaan astuvat – aina läsnä olevan intuition ohella – erilaiset logiikan, todennäköisyysarvioinnin ja muut päättelyn säännöt ja menettelyt ja (niidenkin edellyttämä) ”hitaampi”¹³⁶ ajattelu.

Tutkimuksen alkuosa käsittelee niitä teoreettisia ja käytännöllisiä välineitä, joilla tietoa ja totuutta voidaan tutkia. Kun absoluuttisesti varman tiedon saaminen on ainakin oikeudenkäynnissä käytetyillä välineillä mahdotonta, voidaan puhua vain siitä, millä todennäköisyydellä jokin seikka pitää paikkansa.

Tieto voi olla tosi tai epätosi – tiedon olemassaolo ei edellytä totuudellisuutta. Toisaalta tieto kohdistuu johonkin, jonka oletetaan todellisesti olevan tai ei-olevan olemassa. Tämä ”logiikka” voisi puoltaa totuuden käsittelemistä ennen tietoa. Käytännöllisempi ja lukijalle ystävällisempi käsittelyjärjestys voisi olla toinen. Toisaalta koko esityksen erääksi yhdistäväksi tausta-ajatuksiksi voidaan nähdä prosessin dynamiikka ja sen osana myös asioiden temporaalinen järjestys. Oikeudenkäynnillä on jokin reaalimaailmassa tapahtunut alkusysäys, kuten rikos, vahingon syntyminen, sopimuksesta syntynyt erimielisyys, työ sopimuksen päättäminen. Oikeudenkäynnissä tuo tapahtuma, sen totuudellisuus, pyritään siitä todistelulla saatavan tiedon avulla rekonstruoimaan mahdollisimman hyvin. Käyn esityksessäni läpi yleisiä seikkoja tiedosta, sitten totuudesta ja tämän jälkeen erikseen tiedon todennäköisyydestä.

Tärkeää totuuden etsimiselle on niin todistelun kuin todistusharkinnan vapaus. Harkinnan vapaudessa ja sen rajoittamiseen kohdistuvissa paineissa tapahtuu heiluriliikettä,¹³⁷ mutta periaatteellinen vapaus on kuitenkin ’kruunujalokivi’, jonka tärkeydestä näyttävät juristit olevan yksimielisiä niin mannermaisen kuin common law -järjestelmän piirissä.¹³⁸ Totuuden tavoittelu on tärkeimpiä oikeudenkäynnin tavoitteita, mutta ei ainoa, ja on notorista, ettei siihen voida monestakaan syystä pyrkiä ”keinolla millä hyvänsä” (ei esimerkiksi kiduttamalla) eikä ”hintaan mihin tahansa” (ei voida loppumattomiin uhrata aikaa eikä rahaa yhden seikan selvittämiseen). Todistelumenettelyn vapautteen kohdistuvat rajoitukset heijastuvat suoraan todistusharkintaan. Esitykseni pääpaino on tältäkin osin kuitenkin todistusharkinnassa.¹³⁹ Niinpä olen rajannut esimerkiksi

136 Termit nopea ja hidas ajattelu ovat peräisin Kahnemanilta, 2012.

137 Pihlajamäki 1997a, s. 260.

138 Todistusharkinnan vapautta ja sen rajoituksia pyrin käsittelemään toisessa yhteydessä.

139 Leppänen 1998, s. 158 on tuonut esiin, että vapaaseen todisteluun siirtymisen jälkeen mielenkiinto todistusmenettelyn sääntelyyn on vähentynyt ja etualalle ovat nousseet näytön harkintaan kuuluvat kysymykset, näytön riittävyys ja todistustaakka. – Käsitteäkseni tämä piti aikanaan paikkansa. Kuitenkin erityisesti EIS ja EIT:n oikeuskäytäntö ovat suunnanneet huomiota merkittävästi jälleen todistelumenettelyyn osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. Lisäksi meillä OK 17 luvun uudistus ja Skandinaaviassa herännyt innostus matemaattisia menetelmiä kohtaan ovat suunnanneet valokeilaa todistusharkinnan tutkimiseen. EIT:n oikeuskäytäntö on jättänyt jälkensä myös kansallisten tuomioistuinten todistusharkintaan.

kysymykset kiellonvastaisten todisteiden hyödyntämisestä todistelumenettelyyn luettavien todistelukieltojen seurannaisina käsittelyn ulkopuolelle.

Erilaisia teorioita siitä, miten tuomioistuimen tai tuomarin tulisi harkita esitettyä todistelua ja suhtautua näyttökysymyksiin muutenkin, on oikeuskirjallisuudessa kehitelty lukuisia. Mallien kehittelyn edellytyksenä on ollut, että harkinnalle on ollut ainakin jossakin määrin vapautta – legaalinen todistusteoria ei ole ollut paras mahdollinen pohja kehitykselle. Ehkä kansainvälisesti hallitsevin rooli on ollut alun perin vedonlyöntiin liittyvän todennäköisyyslaskennan pohjalta kehitetyillä matemaattisilla teorioilla, erityisesti Bayesin kaavan tai teoreeman tultua niiden työkaluksi. Pääosin niiden vastapainoksi L. Jonathan Cohen toi 1970-luvulla julkisuuteen induktiivisen teoriansa. Molemmat koulukunnat ovat edelleen vahvasti hengissä, joskin niiden valta-asemaa on noussut uhkaamaan lähinnä Yhdysvalloista levinnyt kertomusmalli. Skandinaviassa vastaparina ovat olleet ja ovat pääosin edelleen teema- ja todistusarvometodi. Torstein Eckhoffin väitöskirja Tvilsrisikoen merkitsi vuonna 1943 overvekt-teorian alkua, ja viimeistään 1950-luvulla laajemmalti päivänvalon näki övervikt-periaate, tällöin Per Olof Boldingin muotoilemana. 1970-luvulla Henrik Zahle esitti käyttäytymiseen perustuvan harkintametodinsa. Christian Diesenin hypoteesiteoria on saanut omat kannattajansa, ja sen soveltaminen näyttää olevan edelleen yleistymässä. Kuten Strandberg on huomauttanut, teorioiden kannattajien kiistely on ollut lähinnä koulukuntien riitaa, jossa erilaiset teoriat nähdään toistensa vastakohtina ja toisensa poissulkevin kilpailijoina. Myöhemmin näkemykset ovat saattaneet lientyä niin, että kilpailijasta on voitu omaksua joitakin piirteitä tai myöntää sen olevan paremmin sovellettavissa joihinkin oman teorian ongelmatilanteisiin.¹⁴⁰ Oma tarkoitukseni ei ole luoda minkäänlaista ”omaa” teoriaa, mutta sen sijaan tutkia, mitä annettavaa todistusharkinnalle eräillä teorioilla voisi käytännön tilanteessa olla – ja samalla yrittää seuloa pois sitä, mikä ei ole ”käytön kestävä”.¹⁴¹

140 Strandberg 2012, s. 368–369. Strandberg mainitsee alaviitteissä 1575 ja 1576 esimerkkeinä tällaisesta vuorovaikutuksesta teemametodista todistusarvometodin suuntaan Eckhoffin 1992, s. 86 ja toiseen suuntaan Ekelöf – Bomanin 1992, s. 160. Hän mainitsee myös Klamin työryhmineen 1988 hyödyntäneen molempia metodeita, todistusarvometodin yksisuuntaista todennäköisyyskäsitettä ja teemametodin alkuperäistodennäköisyyden käyttöä.

141 Strandberg 2012, s. 47 sanoo, että hänen tavoitteenaan ei ole esittää uutta teoriaa näyttövaatimusopista. S. 370 hän kertoo oman huomionsa kohteena olevan ”bevisvurderingsteori som argument for en bestemt beviskravsformulering der målet er å gi den formuleringsmåten for beviskrav som gir de beste føringer for bevisvurderingen.” Hän tulee kuitenkin kehittäneeksi uuden teorian, lähinnä näyttökynnyksen määrityksen välityksellä. Malli, tokravsmodellen, yhdistää jutussa oikeudelle esitetyn näytön lujuuteen eli robustiuteen ja todennäköisyyteen kohdistuvat vaatimukset; esim. s. 594 ja 606.

1.3.6 Prosessin dynamiikasta ja vuorovaikutuksesta

Nykyisen oikeudenkäyntimenettelyn leimallisena piirteenä on pidetty sen ”fakta-orientoituneisuutta”.¹⁴² Keskeisessä asemassa ovat tosiseikat, informaatio ja tieto. Pyrkimyksenä on löytää oikeudenkäynnissä mahdollisimman hyvin ulkoista todellisuutta vastaava ”totuus”. Oikeudellinen tieto ei kuitenkaan voi olla aivan varmaa, vaan se kuuluu korkeamman tason todennäköisyyden piiriin. Tämän ajattelutavan taustalla voidaan nähdä brittiläinen empirismi, ja sen juuret juontavat ainakin Jeremy Benthamiin saakka.¹⁴³ Totuuden tavoittelu ei ole rajoittunut eikä rajoitu suinkaan common law -oikeuteen, vaan on keskeinen tekijä myös mannermaisessa länsimaisessa oikeudessa, myös Skandinaviassa ja Suomessa. Toisaalta länsimaisessakaan oikeudenkäynnissä ei aina ole kysymys ainakaan lopputuloksen kohdalla totuudesta siinä mielessä, että jonkin totuuden edes oletettaisiin todella olevan esillä olevassa kysymyksessä olemassa. Tyypillisenä esimerkkinä tästä on sopimuksen tulkinta: osapuolilla voi olla aidosti erilaiset näkemykset, eikä aina voida sanoa, että jommankumman näkemyksen hyväksyminen on ”totuus asiassa”.

Toisenlaisessa traditiossa oikeudenkäynnin päämääränä voidaan nähdä esimerkiksi yhteisöä tyydyttävän sovitteluratkaisun syntyminen. Faktuaalisen totuuden löytämisen sijasta tärkeätä saattaa olla, ettei ketään pakoteta ”menettämään kasvojaan” ja että varmistetaan yhteisön rauhallinen rinnakkaiselo myös oikeudenkäynnin jälkeen.¹⁴⁴ Sovinnollisen loppuratkaisun hakeminen ei ole ollut länsimaisellekaan traditiolle vierasta. Tämän ilmentymiä on oikeushistoriassa runsaasti, ja usein tuomarin tehtävänä on korostettu sovinnon edistämistä. Jo siviiliprosessin dispositiivisuus on tarjonnut tähän mahdollisuuksia – todistusoikeuden osalta esimerkiksi tosiseikkojen toteamista riidattomiksi ja ylipäättään riitakohtien karsimista. Samalla prosessi on keventynyt. Sovinnosta neuvottelemiseen ohjaaminen ja sovinnon vahvistaminen on ollut perinteisesti tuomarin tehtävänä. Tänä päivänä sovittelumenettely riita-asioissa tähtää tosiseikkojen tarkan selvittämisen sijasta sellaisen loppuratkaisun löytämiseen, jonka molemmat osapuolet voivat kokea (riittävän) oikeana ja kohtuullisena, toisin sanoen sellaisena jonka kanssa he ”voivat elää”. Syyteneuvottelu rikosasioissa tähtää osaksi samaan.

Tuomioistuimen toimintaa riita- ja rikosprosessissa leimaa informaation ja tiedon kulku ja vuorovaikutus.¹⁴⁵ Toiminta koostuu suuresta määrästä vuoro-

142 Ho 2008, s. 2.

143 Jokila 2010, s. 101 – 102: ”Jo 1600-luvun tieteellisessä ajattelussa tietävä yksilö oli järkevä mies. Korkeimman mahdollisen todennäköisyyden asteen saavutti kuvitteellinen tavallinen kadun mies, *reasonable man*.” Ks. myös Riikka Koulumäki, DL 2011 s. 81 – 82

144 Ks. Halla 2009, esim. s. 59 – 64.

145 Vuorovaikutukseen lähinnä tuomioistuimen ja asianosaisten välillä viittaa Zahle 1979, s. 262.

vaikutustilanteita eri toimijoiden välillä. Toimijoita ovat tuomioistuimien itse ja/tai sen jäsenet, asianosaiset, todistajat ja muut todistelussa hyödynnettävät henkilöt sekä jossain määrin myös muut sidosryhmät, kuten käräjäyhteisö, tiedotusvälineet ja vastaavat. Tuossa vuorovaikutuksessa liikkuu kulloisenkin tilanteen osallisten välillä informaatiota. Tuomioistuimen näkökulmasta informaatio on se panos, raaka-aine, jota se vastaanottaa ja jota se harkinta- ja päätöksentekoprosesseissaan käsittelee ja muokkaa. Toimintansa tuloksen se tuottaa informaationa ympäristöönsä. Tuomioistuimelta edellytetään ratkaisua esitettyyn oikeudelliseen ongelmatilanteeseen, ja ratkaisun mahdollistamiseksi sen on saatava faktatiedot. Tämä tapahtuu pääasiallisesti todistelun kautta.¹⁴⁶

Informaation ”kantaja” on data, jota eri tahot suuntaavat toisilleen. Data voi liittyä monenlaiseen kontekstiin, vaatimuksiin, niiden perusteluihin, todisteluun ja sen arviointiin ynnä muihin prosessitilanteisiin. Kun on kysymys todisteluun liittyvästä datasta, on puhuttu todistusdatasta.¹⁴⁷ Se on suunnattu ensi sijassa tuomioistuimelle, mutta se on relevanttia muillekin, esimerkiksi todisteen nimenneen asianosaisen vastapuolelle. Tuomioistuimen tehtävänä on seuloa datasta se osa, joka on tiettyjen kriteerien valossa asian käsittelylle merkityksellinen. Seulomista tapahtuu eri vaiheissa. Se alkaa rikosasiassa jo esitutkinnan varhaisessa vaiheessa ja riita-asiassa asianajajan arvioidessa päämiehen kertoman perusteella sitä, mitä näyttöä on saatavissa ja mitä kannattaa nimetä, ja se jatkuu oikeudenkäynnin ajan, päätösneuvotteluun, todistusharkintaan ja ratkaisun laatimiseen saakka. Tärkeimmät seulat ovat tiedon relevanssi, uskotavuus ja todistusvoima. Todistusvoiman keskeinen tekijä on todennäköisyys. Näitä jäljempänä tarkemmin käsiteltäviä termejä voidaan nimittää tiedon tai todisteen, oikeastaan sen sisällön, *kredentiaaleiksi*. Niiden tulikokeesta selviäminen merkitsee datalle kelpuutusta tai oikeutusta tulla käsitellyksi oikeudenkäynnin lopputulokseen vaikuttavana aineistona.¹⁴⁸

146 Kokonaan toisenlaisen näkökulman todistajankuulusteluun avaa Taivaloja 2012, s. 22-36. Hän on sitä mieltä, että koska todistajankuulustelua voidaan kuvata rituaaliksi, voidaan todeta, että kommunikaationa todistajankuulustelu ei tähtää informaation välittämiseen vaan yhteiskunnallisen elämyksen suorittamiseen. Todistajankuulustelun lopputulokseen ei sen vuoksi välttämättä sisälly uuden informaation välittäminen. – Totta on, että oikeudenkäynteihin yleensä ja todistajankuulusteluunkin sisältyy eri oikeusjärjestelmissä vaihtelevasti erinäinen määrä rituaaleiksi luokiteltavia piirteitä (Taivalojankin määritelmän puitteissa, ks. s. 23 – 24). En kuitenkaan ole samaa mieltä kuin Taivaloja eräiden väitteiden suhteen. Ajatus siitä, että ollaan (vain tai lähes vain) suorittamassa yhteiskunnallista rituaalia, on nähdäkseni kovin kaukana tiedonkeruuta tarkoittavan todistajankuulustelun suorittamisesta – kysymys on useimmiten vakavista ja reaalityodellisuudessa aina jonkun tai joidenkin oikeudelliseen asemaan ja elämään vaikuttavista oikeusjutuista. Eri tieteenaloilla voidaan ilmiöistä tietysti nähdä erilaisia puolia.

147 Ks. Kolflaath 2013, s. 71-73. Hän määrittelee s. 71 todistusdatan (bevisdata) siksi, minkä näytön vastaanottava tuomari itse havainnoi. Bevisdatum edellyttää aina itse todisteen olemassaoloa (s. 66).

148 Vrt. Kolflaath 2013, s. 71 ja 72. Hän näkee suhteen todistusdatasta todistusosaseikkaan (tai oikeustositseikkaan) olevan päättely (slutning). Näin varmaan voikin olla, mutta ymmärtääkseni todistusdata saattaa suoraan myös sisältää todistusosiseikan ilman että tarvitaan päättelyä. Silti nämä käsitteet on syytä pitää erillään, paitsi tietoteoreettisista syistä, myös käytännön syistä. Esimerkiksi todistajankertomus saattaa sisältää paitsi merkityksellistä, myös runsaasti merkityksetöntä data-ainesta, ja todistusdata on käytännöllinen yhteisnimitys tälle vielä seulomattomalle aineistolle.

Vuorovaikutustilanteet ja niiden kokonaisuudet ovat aina jossain mielessä uniikkeja. Tilanteen toistaminen ei ainakaan sellaisenaan hevin onnistu.¹⁴⁹ Ulkopuolinen tarkkailija ei myöskään voi päästä täysin selville tilanteen kokonaisuudesta.¹⁵⁰ Pöytäkirjat ja tallenteet voivat antaa käsityksen siitä, mitä on tapahtunut, mutta kuva ei silloinkaan muodostu täydelliseksi dokumentiksi siitä, mitä kärjäsalissa on tapahtunut. Todistaja voi tunnetusti punastua, mitä paperi ei tee.¹⁵¹ Täydellisyyteen ei tallentamisessa pyritäkään, mutta relevanttikin aines saattaa jäädä noteeraamatta.¹⁵² Mutta vaikka havainnoitsijalla olisi sisäinen näkökulma kärjäsalin tapahtumiin nähden tai hän olisi itse salissa keskeisen toimijan roolissa, ei aina se, minkä hän voi ulkoisesti havainnoida, kerro kaikkea. Jokainen asianajaja tai oikeuden jäsen ottaa ja antaa informaatiota omasta kokemuspohjastaan lähtien ja on sidottu vuorovaikutuksen välineisiin, lähinnä kieleen, mikä asettaa samalla rajoja tiedon välittämislle ja välittymislle. Samoin todistajan kertomus voi jäädä tärkeiltä osilta ymmärtämättä, ellei kuulijalla ole sisäistä näkökulmaa hänen käyttämiinsä ilmaisiin.

Informaation kulku ja sen vaikutus ihmisten käyttäytymiseen on jatkuva, dynaaminen prosessi. Se, että asianosaiset syystä tai toisesta riitaannuttuaan tapaavat toisensa kärjäsalissa, merkitsee yhtä, ajallisesti lyhyttä vaihetta heidän elämälleen merkityksellisten tapahtumien ketjussa, vaikka mukaan luettaiisiin jutun vaiheet valmistelusta muutoksenhaun päättymiseen suomalaisittain ”Senaatin peräseinään”. Myös oikeudenkäynti on järjestetty toisiaan seuraavien vaiheiden muodostamaksi prosessiksi. Oikeudenkäyntivaiheittakaan ei edes

149 Eräät todistusoikeuden tutkijat common law’n piirissä korostavat tätä ainutkertaisuutta, ehkä kuitenkin pitäen silmällä lähinnä perinteistä jury-oikeudenkäyntiä alioikeudessa. Meillä ajattelutapa ei painota ainutkertaisuutta niin paljon, koska on totuttu pääkäsittelyn käymiseen samassa jutussa kahteen, joskus kolmeenkin kertaan. Yhtä kaikki todistajankertomus on ”färskvara”, toteaa osuva ilmaus, jonka ”isää” en ole onnistunut tavoittamaan (Ekelöf tai Heuman).

150 Ho 2008, s. 46 – 48 on kiinnittänyt huomiota siihen, että tuomioistuimen todistusharkinnan tutkimisessa on perinteisesti sovellettu ulkopuolisen tarkkailijan näkökulmaa (”a perspective of a system engineer”). Hän on pyrkinyt itse lähestymään asiaa sisäisestä näkökulmasta. – Todistusharkinta ei tässä suhteessa tosin ole kohteena erityisen helppo, koska se tapahtuu kaikissa oikeusjärjestelmissä *in camera*, suljettujen ovien takana.

151 Bender – Nack – Treuer 2007 käsittelevät laajalti, esimerkiksi s. 72 – 75 ja 274, oikeussalin viestintää ja tähän liittyviä todistajanpsykologisia näkökohtia.

152 Huovila 2003, s. 21 – 22 on kiinnittänyt nähdäkseni meillä ensimmäisenä oikeustieteen tutkijana huomiota tähän niin oikeudenkäynnissä kuin elävässä elämässä yleensäkin esiintyvään vuorovaikutukseen, jota ei voida dokumentoida. Hän on myös rinnastanut oikeudenkäynnin ulkoisen ja sisäisen näkökulman erotte-lun Hartin (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Second Edition. Guildford and King’s Lynn 1994) s. 88 – 89 erotteluun siitä, että ulkopuoliselta tarkkailijalta, joka ei tiedä sääntöjä ja niiden merkitystä tarkkailtavien elämässä, jää tavoittamatta jotain olennaista tarkkailemastaan toiminnasta. Oikeudenkäynnissä ulkopuolisen ongelma on kuitenkin pitkälti päinvastainen: jos ulkopuolinen ei tiedä oikeussalin tapahtumia, hän ei voi täysin ymmärtää tilanteeseen liittyviä, sen myötä täsmentyviä ratkaisunormeja eikä siten myöskään teh-dyn ratkaisun premissejä. – Huovila mainitsee esimerkkeinä ”pienistä piirteistä” todistajan eleet, ilmeet ja epäroinnin. – Tosin sanotunlaisilla seikoilla ei useinkaan ole merkitystä jutun lopputulokselle, eikä niihin aina liity erityistä painoarvoa: voihan esimerkiksi todistajan epärointi johtua vain hänen tunnantarkasta luonteestaan. Vrt. Schelin 2007, s. 247 – 248. Hän luopuisi pääsääntönä välittömyysperiaatteesta ja näkisi todisteiden vastaanoton tuomioistuimessa lähinnä esitutkintavideoiden katseluna – todistajat olisivat paikalla vain täydentävien kysymysten varalta. – Ks. myös Magnussen – Stridbeck 2020, s. 11 alaviite 23.

esitysteknisesti ole järkevää tarkastella staattisena, ikään kuin pysäytyskuvana, olkoon että todellisuudessa kysymys siinä voi tapahtumien kokonaisuutta ajatellen olla lyhyestä episodista. Vertaus joka tapauksessa havainnollistaa sitä, että tuota yksittäistä episodia ei voi ymmärtää eikä tule yrittääkään tarkastella irtolaisena, ilman yhteyttä sen ympäristöön ja siihen kokonaisuuteen, josta se on osa.

Tuomioistuimen toiminta perustuu sille muun yhteiskunnan taholta annettuun valtaan, ja tuomioistuin on osa yhteiskunnallista valtakoneistoa. Tuon vallan tarkoitus on mahdollistaa yhteiskunnan jäsenten välisten suhteiden selvittäminen ja muokkaaminen kulloinkin kysymyksessä olevalta osalta. Ilman tuomioistuimen toimintaympäristön tarkkailua ei sen toimintaa voida ymmärtää. Tuomioistuimen toiminnan tutkiminen on yhteiskunnan tutkimista. Toiminnan tutkimisessa ympäristön huomioonottamisella on keskeinen merkitys, vaikka näkökulma olisi enemmän tuomioistuimen toimintaan keskittyvä kuin esimerkiksi oikeussosiologinen. Yhteiskunnallista toimintaympäristöä ei kuitenkaan voida sivuuttaa siinäkään tapauksessa, että tutkimustehtävä ulkoisesti määritellään perinteistä normatiivista ilmaisutapaa käyttäen kysymyksiä siitä, mikä on Suomen voimassaolevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä.

1.3.7 Tosiseikat, oikeuskysymykset ja arvoarvioinnit: erottaminen ja yhteenkietoutuminen

Todistelussa pyritään näyttämään toteen tosiseikkoja, faktoja. Näiden oikeudellinen ja laajemmassa merkityksessä muukin arvottaminen on oikeudellista harkintaa. On helppo sanoa, että se ei kuulu todisteluun. Tunnetusti Micael on Boldingin mukaan luonnehtinut tosiasia- ja oikeuskysymyksen eroa seuraavasti:¹⁵³

“To issues of law there are just and unjust answers and to issues of fact there are correct and incorrect answers.”

Tosiasia- ja oikeuskysymyksen erottelusta on kirjoitettu laajoja tutkimuksia. Erottelu on tarpeellinen erityisesti, jos lainsäätäjä on liittänyt sen lopputulokseen oikeusvaikutuksia. Näin on asianlaita esimerkiksi silloin, kun oikeusjärjestelmä sallii muutoksenhaun oikeusperusteella, mutta ei tosiasiaoperusteella. Kun jäljempänä näkökulmana on todistelu, erottelulla ei tässä *näyttäisi* olevan sanottavaa merkitystä. Tunnettu pääsääntö on, että oikeus tuntee kotimaan¹⁵⁴ lain, iura novit curia. Meillä tämä rajankäynti perustui lain osalta ennen 1.1.2016

¹⁵³ Bolding 1951, s. 51–53. käsitellessään kysymystä, onko syytä tehdä eroa tosiasia- ja oikeuskysymysten välillä.

¹⁵⁴ Ulkomaan lain osalta säännökset vanhassa ja uudessa OK:ssa ovat suunnilleen samanlaiset. Asianosaisen on kehotuksesta esitettävä siitä selvitystä, jos oikeus ei tunne sen sisältöä (vanha OK 17:3.2 ja uusi 17:5.2), mutta eräissä tapauksissa selvityksen hankkiminen kuuluu tuomioistuimelle. Ellei selvitystä saada, sovelletaan Suomen lakia. Uudessa laissa on lisäksi lausuma siitä, ettei selvityksen saamatta jääminen saa koitua rikosasian syytetyn vahingoksi.

voimassa olleeseen OK 17:3.1.:een, jonka mukaan näyttö siitä, ”mitä laki säättää”, ei ollut tarpeen. Asia ei tuolloinkaan ollut aivan yksiselitteinen, koska jo ”lain” käsite tässä yhteydessä voitiin problematisoida. Uusi OK 17:4.1 on hienosyisempi ja mahdollistaa kotimaankin lain osalta eräänlaisen todistelun.¹⁵⁵

Oikeudellisen ja tosiasiallisen rajanveto tulee todistusoikeudessa väistämättä esiin, kun mennään syvemmälle tosiseikan käsitteeseen. Useat tosiseikat ovat kokoonpantuja ”puhtaasta” fakta-aineksesta ja arvostuksenvaraisista elementeistä. Työesimerkkinä käytetään usein tuottamuksen käsitettä. Tuottamus on monista elementeistä kokoonpantu: osa niistä liittyy henkilön käyttäytymiseen, tekemiseen ja tekemättä jättämiseen, ja ne ovat periaatteessa puhtaita faktoja, jotka voidaan näyttää toteen ja joista voidaan sanoa, että ne ovat filosofisessa mielessä totta tai eivät ole. Osa taas on arvostuksenvaraisia, muuttuvia ja adjektiivisia suureita, kuten sanottujen kovien faktojen suhteuttaminen huolellisuusasteikkoon ja arvoarvostelman muodostaminen siltä pohjalta.¹⁵⁶ Jälkimmäistä harkintaa on totuttu kutsumaan oikeudelliseksi, vaikka se käytännössä sekoittuukin ”varsinaiseen” näytön arviointiin.

Toinen esimerkki seikasta, jossa ”puhtaita” faktoja ja oikeudellista arviointeja edellyttäviä seikkoja on punottu yhteen, on vilpittömän tai vilpillisen mielen käsite. Se, onko asianosaisen mielessä ollut vilppiä hänen tehdessään esimerkiksi jonkin oikeustoimen, edellyttää välttämättä oikeudellista, jopa moraalissävytteistä arviointia. Puhdasta tosiasiapuolta, johon varsinainen todistelu kohdistuu, ovat arvion perustaksi asetettavat ulkoiset ja sisäiset tosiseikat. Juridista arvottamisesta sisältää myös normin edellyttämä pakottava päättely siitä, mitä henkilön ”olisi pitänyt” tietää tai tehdä. Samaa ilmaisutapaa käytetään kuitenkin (puhdasta) tietoisuuden näyttöä koskevana johtopäätöksenä (”on täytynyt ymmärtää”), erityisesti dolus eventualis -tahallisuuden edellyttämän tietoisuuden (esimerkiksi RL 3:6: ”pitänyt ... varsin todennäköisenä”) todistusharkintatuloksena.

Tuomioistuimen arviointi siitä, että henkilön velvollisuutena on näytetty olleen tietää jokin seikka, on sekin tosiseikka. Tällainen juridiseen arvottamiseen perustuva asiantila ei ole kova fakta, vaan sisältää kokoonpantuna seikkana arvoarvostelman.

Joka tapauksessa on jo tässä vaiheessa syytä korostaa sitä molempiin suuntiin tapahtuvaa vuorovaikutusta, joka vallitsee toisaalta useimpien oikeudenkäynnissä esitettävien väittämien faktapuolen ja toisaalta niitä koskevan oikeudellisen

155 Lainkohdan mukaan tuomioistuin soveltaa lakia viran puolesta, mutta asianosainen saa antaa tuomioistuimelle kirjallisen selvityksen siitä, miten lakia olisi sovellettava. Selvityksen laatijaa tai muuta henkilöä voidaan vieläpä kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa, jos tuomioistuin katsoo sen tarpeelliseksi. Vastapuoli voi sitten kuulla omaansa.

156 Erilaatuisten faktojen tiivistä yhteenkuuluvuutta kuvaa hyvin englannin ilmaisu, jonka mukaan ne kietoutuvat toisiinsa ”yhteenkudottuina”, *interwoven*. Pohjimmiltaan on kysymys siitä, mitä Kolflaathin 2013, s. 69 siteeraama ammattituomari lausui erottelusta: ”[Det er] vanskelig å skille bevisvurderingen og lovanvendelsen i slike saker. Det er veldig sammenvevd.”

näkökulman ja harkinnan välillä. Vuorovaikutus tapahtuu näiden kesken sekä horisontaalisesti (laista konkreettiseen juttuun ja toisin päin) että vertikaalisesti (yleisestä erityiseen ja toisin päin). Se oikeussäännös, jonka alaisuuteen tai jonka sääntelemän instituution piiriin syyte, kanne tai vastaus halutaan sisällyttää ja jonka mukaista seuraamusta tavoitellaan, määrittää ne faktat, joita on tuotava esille ja todistettava oikeiksi. Mutta toisaalta tuomioistuimien joutuu soveltamaan lakia sen mukaan, mitä faktoja tulee asiassa esille.¹⁵⁷

1.3.8 Jäsennyksestä tarkemmin

Päästökseen hyvään lopputulokseen todistusharkinnassa näyttötuomarin tulee Markus Jerkø:n mukaan olla selkeästi perillä vastauksista neljään kysymykseen: Mitä on näytettävä toteen? Kenen on näytettävä se toteen? Miten vahvaa näyttöä tulee olla? Miten se on näytettävä toteen? Vastauksia näihin kysymyksiin antavat todistusteemaa, todistustaakkaa, näyttökynnystä ja todistusharkinnalle asetettavia vaatimuksia koskeva ymmärrys; kaikkia näitä hän nimittää todistusharkinnan oikeudellisiksi puitteiksi.¹⁵⁸ Jerkø:n kysymysryhmä on yleispätevä. Jäsennykseni ei kuitenkaan seuraa sitä, mutta sillä on yhtymäkohtia siihen.

Todistusteemojen järjevä muotoilu ja erityisesti laajuus näyttää olevan tällä hetkellä keskustelun kohteena. Kysymys on osittain arvionvaraisten seikkojen roolista. Näyttökynnyksen osalta käsittelen edelleen tutkijoita jakavaa kysymystä siitä, joutaako näyttökynnys juttukohtaisesti. Tätä pyrin tarkastelemaan myös lainsäätäjän ja -käyttäjän toimivallan ja työnjaon näkökulmasta.

Todistusoikeuden suhteellisen uusi keskustelunaihe on näyttöhorjumattomuus, kattavuus eli robustius: onko kaikki näyttö koossa, vai löytyykö näyttöä, joka horjuttaisi näyttötilanteen *status quota*?¹⁵⁹ Näyttää siltä, että teorianmuodostus on siltä osalta vasta käynnissä. Myös tätä teemaa käsittelen.

Seuraavaksi, eräänlaisena ”erityisenä osana”, käyn läpi eräitä lukuisista teorioista ja malleista, joiden avulla oikeusjärjestelmien sisällä ja eri oikeusjärjestelmissä on pyritty kuvaamaan tai määrittämään todistusharkinnan kulkua ja ratkaisemaan siihen liittyviä ongelmia. Teorian kenttä on jakaantunut kahteen päävirtaukseen, matemaattisiin ja ei-matemaattisiin malleihin, ja näiden välimuotoihin. Erottelun yhteydessä käyn läpi, myös kriittisesti, L. Jonathan Cohenin perusteellista selvitystä, jolla hän torjui matemaattiset mallit oman induktiivisen teoriansa hyväksi. Matemaattisten teorioiden ydin on Bayesin teoreema. Todistusteorioista käsittelen vielä kahta käyttöalaa edelleen voittavaa

¹⁵⁷ Ho 2008, s.6 ja alaviite 32 s.7.

¹⁵⁸ Jerkø 2017, s. 13.

¹⁵⁹ Tosin tässäkin kohden on valloillaan jonkinlainen oppiriita siitä, *kuuluuko* robustius todistusharkintaan vai johonkin muualle.

suuntausta, övervikt-periaatetta ja kertomusmallia, sekä eräitä ehkä harvemmin esiintyviä teorioita.

Eräät todistusteorioista ovat sisällöltään perinteisen vanhaa käytäntöä, joka on puettu uuteen kuosiin ja varustettu teorian tai mallin etiketillä. Niihinkin voi liittyä uusia ajattelutapoja, jotka ovat – ehkä mahdollisesta teoreettisuudesta huolimatta – myös käytännölle hedelmällisiä. Esimerkkinä sellaisesta voi toimia juuri robustius. Omia arviointejani pyrin ”atomistisesti” esittämään kussakin asiayhteydessä.

2. TODISTELUN DYNAMIIKKA JA YLEISTERMEJÄ

2.1 Johdantoa

Prosessi-termi oikeudenkäyntiä kuvaavana on osuva, koska se tarkoittaa eteenpäinmenoa, mihin kuuluu liike, vaiheesta toiseen eteneminen. Prosessin ulkoisessa kulussa onkin perinteisesti erotettu tiettyjä toisiaan seuraavia vaiheita. Ennen 1990-luvun suuria prosessiuudistuksia, jotka koskivat alioikeus- ja hovioikeusmenettelyä, meillä suurin mielenkiinto prosessioikeudessa ehkä keskittyi itse alioikeuden oikeudenkäyntivaiheeseen eli käräjäistuntoon. Jo siinä vaiheina erottuivat alkukeskustelu, todistelu, loppukeskustelu ja ratkaisuharkinta. Hovioikeusmenettely oli pääosin kirjallista, ja suulliset käsittelyt olivat harvinaisia. Prosessiuudistukset ovat terävöittäneet menettelyn vaiheiden omaa profilia, ja uutena selkeänä kokonaisuutena mukaan on tullut kirjallisesta ja suullisesta osasta koostuva valmistelu. Pääkäsittely käräjäoikeudessa on tullut lähinnä vastaamaan perinteistä istutuskäsittelyä, ja pääkäsittelyn toimittaminen hovioikeudessa on saanut aivan uuden aseman edeltävään aikaan verrattuna. Valmistelun tarkoituksena on mahdollistaa pääkäsittelyn joutuisa ja yhdenjaksoinen sujuminen.

Päätöksentekoon kohdistuvassa tuomioistuimen harkinnassa ei välttämättä ole aikaisemmin eikä edelleenkaan havaittavissa samanlaista jyrkkärajaisuutta. Jos ajatellaan oikeudenkäynnin ulkoista kulkua, niin valmistelutoimiin kuin vielä pääkäsittelyinkin aikana sen alkutoimiin ja myöhempiin vaiheisiin, kuten todistelun vastaanottamiseen, voi liittyä vaihtelevien, mutta teknisluonteisten väliratkaisujen tekoa, kuten esimerkiksi eräistä prosessinedellytyksistä ja preklusiosta päättämistä. Varsinainen päätöksenteko, kollegiossa päätösneuvottelu, mikä liittyy loppuratkaisun aineellisen sisällön muodostamiseen, on kyllä edelleen useimmiten yksi ja ainakin ulospäin melkoisen erittelemätön kokonaisuus. Päätöksenteossa joudutaan päättämään sekä todisteluun liittyvistä ratkaisukomponenteista (”mikä asiassa on totta”) että tämän harkinnan tuloksen oikeudellisesta arvioinnista (”miten todistelutulosta on oikeudellisesti arvioitava”). Jälkimmäiseen harkintaan liittyy myös seuraamusten määrittämiseen liittyvä päätöksenteko, joka voidaan nähdä myös omana kokonaisuutenaan (”mitä siitä seuraa”). Näitä kaikkia voidaan kuvata omina kokonaisuuksinaan. Hyvään päätösneuvottelukäytäntöön kuuluu myös, että ”järjestystä” noudatetaan. Tämä on jo aineiston hallitsemisen kannalta useimmiten välttämätöntä. Niin yksinäistuomari kuin kollegio päätösneuvottelussa voi joutua pilkkomaan jutun niin todistusharkinnan kuin oikeudellisen harkinnan ja seuraamusharkinnan kannalta jutun laadusta, laajuudesta ja monipolvisuudesta riippuen alayksiköiksi, jotka on

sitten taas koottava tilanteen vaatimalla tavalla yhteen omissa kategorioissaan ja koko tuomiota tarkoittavaksi kokonaisuudeksi.¹⁶⁰

Sen lisäksi, että todistusharkinnan tuloksen voidaan määritelmänomaisesti sanoa olevan oikeudellisen harkinnan pohjana (ja tämän tai molempien yhdessä taas seuraamusharkinnan pohjana), on *prima facie* ilmeistä, että yhdessä kohdin tapahtuva harkinta ei jo käynnissä ollessaan voi olla vaikuttamatta toiseen.¹⁶¹

2.2 Todistelu vaiheittaisena prosessina

Todistelua prosessuaalisena ilmiönä voidaan tarkastella laajasti tai suppeasti. Laajasti arvioiden todistelun prosessiluonne näkyy hyvin siinä, että todisteluun liittyvät aktiviteetit alkavat jo ennen oikeudenkäyntiä. Voisi sanoa niinkin, että todistelun varmentamista mahdollisen tarpeen varalta on jo se, että oikeustoimia tehtäessä varaudutaan näyttämään relevantteja seikkoja toteen. Kuitenkin hankkiminen ostoksesta on tavallinen arkipäivän todisteen varmentaminen, sopimuksen laatiminen kirjallisena on toinen. Rikospuolella eräät suojamekanismit, kuten valvontakamerat, palvelevat samalla todistelun varmentamista. Ulkomaailman tapahtuma - sopimusrikkomus tai epäselvyyden ilmaantuminen sopimuksessa, vahingon syntyminen – sitten aiheuttaa tilanteen, jossa jollekulle taholle syntyy tarve hakea oikeussuojaa riita-asian oikeudenkäynnissä. Vastavasti tapahtunut rikos edellyttää yhteiskunnan puuttumista asioiden kulkuun ja syyllisen vastuuseen saattamista rikosasian oikeudenkäynnissä. Viimeistään tuossa vaiheessa syntyy tarve ryhtyä kartoittamaan ja hankkimaan todisteita tai varmistamaan niiden saatavuutta. Rikosasiasassa tämä esiprosessi, rikospaikkatutkinta ja muu esitutkinta, alkaa mahdollisimman pian rikoksen ilmitulosta.

Riita-asiasa asianosainen pyrkii luonnollisesti kartoittamaan ensi sijassa ne todisteet, jotka puoltavat hänen omaa asiaansa. Tuleva kantaja tai sellaiseksi ryhtymistä harkitseva on kiinnostunut eniten kannettaan tukevista todisteista ja vastaajaksi joutuva tai sitä ennakoiva niistä todisteista, jotka puhuvat tulossa olevaa kannetta vastaan. Kumpikin tekee viisaasti, jos ottaa huomioon, sikäli kuin tietää, vastapuolen eduksi puhuvat todisteet – lähinnä siltä kannalta, mikä niiden oletettu teho on, riittävätkö omat todisteet tulossa olevassa taistelussa

160 Laajoissa jutuissa, joissa on eroteltavia kokonaisuuksia, oikeudenkäynti voidaan pilkkoa jo valmisteluvaiheessa sopiviksi osioiksi, jotka määräytyvät sananmukaisesti *ad hoc*. Tällaisessa tilanteessa päätösharkinta ja päätösneuvottelu voi tapahtua jo kunkin osion tultua käsitellyksi sen osalta. Tämä on esimerkiksi todistelun "haltuunoton" ja hallinnan kannalta välttämätöntäkin. Prosessin suunnittelu on pitkälti tarkoituksenmukaisuuskysymys, mutta myös yhteistyökysymys.

161 Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 77 – 79 erottelevat vahingonkorvausvaatimusta silmällä pitäen kolme toisiinsa vuorovaikutuksessa olevaa harkinnan tasoa: tosiseikkojen tason, riskien esiintymisen tason ja vahingonkorvauslainsäädännön tavoitteiden tason. Tasot ovat sisäkkäisiä ja yhteenkietoutuneita.

vai kannattaako sitä edes aloittaa ja millä edellytyksillä ja mistä lähtökohdista kannattaa neuvotella sovinnollisesta ratkaisusta.

Harkitessaan kanteen nostamista riita-asiassa asianosaiselle on merkityksellistä tietää jo ennen prosessia, kenellä on näyttövelvollisuus mistäkin seikasta ja yleisesti koko jutusta eli näissä suhteissa sovellettava todistustaakka, ja kuinka paljon ja minkälaista näyttöä hänen olisi viisasta hankkia väitteidensä tueksi, jotta todistelu ylittäisi häntä koskevan näyttökynnyksen.

Rikosoikeudenkäynnissä tilanne on lähtökohtaisesti sama, mutta valtion eli syyttäjän rooli modifioi sitä. Kun syyttäjällä on velvollisuus näyttää pääsääntöisesti kaikki syytteen osatekijät toteen, niitä tukevien todisteiden kartoitus ja varmistaminen jo esitutkinnassa on keskeistä. Syyttäjän objektiivisuusperiaatteesta kuitenkin johtuu, että syyttäjän on kartoitettava ja otettava huomioon myös syytettä vastaan puhuvaa näyttöä. Silti syylliseksi epäillynkään puolustus ei voi lyödä laimin mahdollisuutta hankkia omasta puolestaan vapauttavaa näyttöä oikeudenkäyntiä varten. Nämä lähtökohdat koskevat myös asianomistajan yksin ajamaa rikosasiaa, mutta hänellä tuskin voidaan nähdä velvollisuutta kartoittaa tai tuoda esiin syytettä vastaan puhuvaa näyttöä.

Riita-asian valmistelussa muiden valmistelutoimien ohella kartoitetaan viimeistään myös todistelu puolin ja toisin. Myös rikosasiassa voidaan toimittaa valmistelu, ja tämä on myös käytäntönä laajemmissa rikosasioissa. Jos päädytään varsinaiseen oikeudenkäyntiin istutokäsittelynä, asianosaisten alkukeskustelua seuraava vaihe on todisteiden esittäminen ja vastaanottaminen. Tätä seuraavat loppupuheenvuorot, ja niiden yhteydessä asianosaiset myös kommentoivat esitettyjä todisteita. Istutokäsittelyn päätyttyä tuomari tai kollegio vetäytyy harkitsemaan päätöstään ja arvioi todistelua osana päätösharkintaansa.

On siis useita vaiheita, joille on ominaista tiettyjen seikkojen ja väitteiden oikeaksi todistaminen tai siihen varautuminen. Todistusoikeus koskettaa riita-asiassa lähinnä oikeudenkäyntivaihetta, mutta rikosasiassa myös esitutkintaa. Laajassa mielessä kaikki edellä luetellut vaiheet voidaan lukea todistelun piiriin kuuluviksi. Näkökulmalle on ominaista dynaaminen jatkuvuus, sananmukainen prosessuaalinen eteneminen.

Suppeassa mielessä, pidettäessä silmällä lähinnä varsinaista oikeudenkäyntivaihetta eli pääkäsittelyä, todisteluun yleensä luetaan vain todisteiden esittäminen ja tähän liittyvät asianosaisten ja tuomioistuimen toiminnot, joiden tarkoituksena on oikeudenkäyntiaineiston esittäminen ja vastaavasti sen vastaanottaminen todistusharkintaa varten.¹⁶²

162 Leppänen 1998, s. 153.

2.3 Todistusharkinnan jatkuvuus ja portaittaisuus

Todistustaakan esityksissä on tavallista kuvata niin todistustaakan asettumista ja järjestymistä kuin myös todistusharkinnan etenemistä ikään kuin askeleittain tai ”porras portaalta”. Sekä todistustaakkasääntö että todistusharkinnan etenemistä kuvaava ilmaus voidaan pukea ilmaisuksi, että sen jälkeen kun tietty seikka on näytetty, tapahtuu tietty seuraamus tai menetellään tietyllä tavalla. Jo inhimillinen rajoittuneisuus edellyttää prosessin ajatuksellista ”pysäyttämistä” tarkastelua varten eli *todistelutilanteen* kartoittamista. Näin saadaan esille myös temporaalinen näkökulma.¹⁶³ Jäljempänä pyrin kuitenkin osoittamaan, että luonnosteltu ”yhden askeleen” esitystapa on niin suuresti yksinkertaistava, että se johtaa harhaan, jos sitä ei rajoituta näkemään vain ilmaisun apuvälineenä vaan siitä haetaan myös sisällöllistä ”sanomaa”. Käytän ilmaisutapaa kuitenkin apuvälineenä sikäli kuin väärinkäsityksen mahdollisuutta ei jää.

Mannermaisille oikeusjärjestelmille vieraamman, mutta common law:ssa mutatis mutandis käytetyn toisenlaisen etenemistavan, kaksiporaisuuden, on tuonut esiin Diesen. Hän näkee ensimmäisen vaiheen tai portaan tuomioistuimen näyttöä koskevassa harkinnassa näytön robustius- eli selvitysvaatimuksen täyttymisen arvioinniksi ja vasta toisen vaiheen varsinaiseksi todistusharkinnaksi. Hän katsoo, että jos syyttäjä ei ole rikosjutussa täyttänyt selvitysvaatimustaan eli hankkinut riittävän kattavasti näyttöä niin oman syytteensä kuin myös vapauttavien vaihtoehtoisten selitysten tueksi, todistusharkintaan asti ei edes tule edetä.¹⁶⁴

2.4 Todiste

Todiste voidaan määritellä siksi tietosisällöksi, josta tuomioistuin tekee päätelmiä teeman paikkansapitävyydestä. Todiste on sidoksissa johonkin todistuskeinoon, kuten asiakirjaan, todistajan, asianosaisten tai asiantuntijan kuulusteluun tai katselmukseen.¹⁶⁵ Todisteen ulkoisena ilmiönä (todistajan suullinen puheakti, asiakirja konkreettisena esineenä) ja todisteen sisällön (sen sisältämät todistus- tai aputositseikat, seikastot tai väitteet tällaisista seikoista ja seikastoista) erillään

163 Tosin tällä ilmaisutavalla voi nähdä olevan yhteys legaalisen todistusteorian ajatusmalleihin. Sen mukaisestihan voitiin esimerkiksi kysyä, miten oli meneteltävä, jos puoli näyttöä pystytään esittämään.

164 Diesen 1994, s. 112 – 113.

165 Asianosaista kuulustellaan uudenkin OK 17:26:n mukaan ’todistelutarkoituksessa’. Asianomistajaa taas kuullaan tietyin edellytyksin todistajan ominaisuudessa. Asiantuntija antaa lausuntonsa ensi sijassa kirjallisesti, mutta häntä voidaan kuulustella myös suullisesti. – Lappalainen 2001, s. 130 huomauttaa aiheellisesti, että termillä ’todiste’ on prosessioikeudellisessa kielenkäytössä kaksi käyttötapaa: toisaalta se voi viitata todistustositseikkaan, toisaalta todistuskeinoon. Esimerkiksi preklusiosäännöksissä OK:ssa käytetty termi ’todiste’ tarkoittaa todistuskeinoa, ei todisteen sisältöä; Lappalainen 2002, s. 80; Jokela 2015, s. 44.

pitäminen toisistaan on hyödyllistä esimerkiksi todistelukieltojen ja -rajoitusten kannalta. Osittain eroa tehdään jo lainsäädännössä, kun erotetaan toisistaan todistuskeino- ja teemakiellot.¹⁶⁶

Eron tekeminen on merkityksellistä myös todisteen hyödyntämiskiellosta puhuttaessa. Tällöin on jo todennäköisesti tapahtunut jonkinlainen virhe, on esimerkiksi kuulusteltu todistajana tai vastaavana henkilöä, jota ei olisi (joko OK:n tai erityislain todistamiskiellon vuoksi) saanut sellaisena kuulla. Tai sitten lääkäri on muualla, esim. poliisille, kertonut vastoin vaitiolovelvollisuuttaan potilaan hänelle kertomia tietoja, kuten vakavan rikoksen tunnustamisesta. Näiden tietojen hyödyntämiseen liittyy defektiongelman. Mutta tämä ei silti saa aikaan sitä, ettei lääkärin kuulemista todistajana voisi edelleen käyttää todistuskeinona, eikä hänen koko kertomuksensa automaattisesti tule virheen saastuttamaksi. Toisin sanoen hän voi kertoa ja kertomuksen sisältöä voidaan hyödyntää siltä osin, kuin kysymys on muusta kuin väärin julkitulleista tiedoista. Lääkäri voisi kertoa (kun 3 momentin edellytys täyttyy) sellaisista muista seikoista, jotka hän on saanut lääkärintöimessään tietää. Muut tiedot voivat koskea potilaan henkistä tilaa ja osoittaa sen defektin todisteen (esimerkiksi esitutkintaan kirjatun tunnustuksen, johon on vedottu ja joka on joka tapauksessa nyt tuomioistuimen tiedossa, vain hyödynnettävyyttä pohditaan) sisällön illusoriseksi.

Henkilönäytön piiri käsittää niin asianosaiset, todistajat, asiantuntijat ja muutoin kuultavat¹⁶⁷. Asianosaisten omatkin kertomukset ovat näyttöä, mikä 1990-luvun oikeudenkäyntiuudistukset ovat tuoneet meilläkin entistä selvemmin esille. Asianomistajan roolin vahvuus asianosaisasemassa on lähinnä pohjoismainen erikoisuus; yleensä asianomistajaa on muualla kohdeltu

166 Esimerkiksi lääkäri ei saa OK 17:23.1 3 kohdan mukaan ilman kiellolla suojatun henkilön suostumusta todistaa siitä, mitä hän on asemansa perusteella saanut tietää ja mitä asian laadun vuoksi on salassa pidettävä, ellei kysymys ole 3 momentissa tarkoitettusta vakavaa rikosta koskevasta syyteestä.

167 OK 17 luvun uudistuksessa 1.1.2016 alkaen asianomistaja henkilöllisenä todistuskeinona rinnastettiin todistajaan, mutta kuultavan käsite kattaa de lege lata edelleen monenlaisia tilanteita. Kuultavan roolia voi kuvata asteikolla, jonka toisessa päässä kuultava rinnastuu prosessirooliltaan ja siten prosessuaalisilta oikeuksiltaan ja velvollisuuksiltaan täysin asianosaiseen, ja toisessa päässä on kuultava puhtaasti henkilönäyttönä. Esimerkiksi hakemusasiassa hakijan vastapuoli esiintyy asianosaisena kuultavan nimikkeellä, mikä on esimerkiksi lapsen huoltoa koskevilla asioissa epäjohdonmukaista, koska prosessi on verrattavissa riita-asian oikeudenkäyntiin. Myös vajaavaltaisen huoltaja esiintyy kuultavan nimikkeellä rikosprosessissa, vaikka hänellä on käytännössä samat oikeudet kuin asianosaisella. Kuultavaksi on kutsuttava myös vahingonkorvauslain 7 luvun 5 §:ssä tarkoitettu potentiaalinen vastaaja, samoin perinnönjaoon moitejutun pesänjakaja. Ensin mainitun kuultavan rooli on jossain määrin verrattavissa asianosaiseen, vaikka *tuon* jutun oikeusvoima ei häneen ulotukaan. Vahingonkorvauslain 7 luvun 5 §:ssä tarkoitettu henkilö on suotava mahdollisuus päästä selville sellaisen prosessin sisällöstä, joka saattaa vaikuttaa tulevaisuudessa merkittävästikin hänen oikeusasemaansa. Mielestäni on johdonmukaista suoda hänelle esimerkiksi oikeus tehdä kysymyksiä henkilönäyttöä vastaanotettaessa. Toisaalta kuultavan rooli lähestyy henkilönäytön roolia; KKO 1982 II 26:n mukaan tällaista henkilöä voidaan kuulla todistajana (ks. myös Lappalainen 1986, s. 512 – 515). – Kuultava varsinaisessa henkilötodistelussa on kuitenkin eri asia. Kuultavana voi olla ”aktiivinen” asianosainen, esimerkiksi vastaaja. Passiivinen asianosainen, kuten asianomistaja, joka ei käytä puhevaltaa, rinnastetaan 1.1.2016 alkaen todistajaan – ennen tätä hänen statuksensa oli kuultava. (Jos hän käyttää puhevaltaa, hän on luonnollisesti edelleen asianosainen.) – Voi ajatella niinkin, että eron tekemisellä sen perusteella, käytetäänkö potentiaalinen asianomistaja puhevaltaa vai ei, on lopulta vähäinen merkitys, sillä vaikka hän esittää vaatimuksia asianosaisena, hän on todistelussa yhtä lailla ”kuultava” kuin vaikkapa vastaaja.

todistajana.¹⁶⁸ EIT:n käytännössä todistajan käsitettä ei aikaisemminkaan ole käytetty ahtaasti eikä rajattu kansallisten tai edes ”yleiseurooppalaisten” todistajan määritelmien puitteisiin. EIT on tuonut tarvittaessa esille, että EIS:n tulkinnassa termillä todistaja on autonominen merkitys.

2.5 Päätodiste ja tukitodistelu

Määrittelin johdannossa päätodistelun ja vastatodistelun, jotka muodostavat tavallaan vastinparin keskenään ja asianosaisten välillä. Sanaparilla päätodiste ja tukitodiste on eri merkitys, joka sekin on melko vakiintunut. Erityisesti Lainpellon väitöskirjan johdosta termi tukitodistelu on saanut jalansijaa kuvaamaan sinänsä vanhaa ilmiötä. Sanapari päätodiste (huvudbevis) ja tukitodiste (stödbevis) kuvaavat samaa teemaa toteennäyttäviä todisteita, joilla on ”ranking-järjestys”. Olennaisena piirteenä voi sanoa olevan, että on olemassa seikka (teema), joka tarvitsee tukea, ja jotain (todiste), joka antaa tukea.¹⁶⁹ Tavallisin käyttö sanaparilla on sana vastaan sana -todistelussa ja nimenomaisesti seksuaalirikoksissa. Asianomistajan kertomusta luonnehditaan päänäytöksj ja muu samaa teemaa koskeva näyttö on tukitodistelua tälle.

Tukitodistelu on nykyaikaisempi termi ilmiölle, jota common law –terminologiassa on perinteisesti nimitetty sanalla corroboration. Sen paremmin tuki kuin korroboratiotodistelun ”olemukseen” ei kuulu vaatimus tarpeellisuudesta; myös todistelu, joka yksinkertaisesti vain tukee jotakin todistusvoimaltaan vahvempaa pidettyä todistetta, on yhtä kaikki tukevaa eli korroboroivaa todistelua. Käytännössä kuitenkin käsittelyn kohteena on tukitodistelun tarve, ”tukitodisteluvaatimus”.

Määrätty tuki- tai korroboratiovaatimus oli tyypillistä vanhalle legaaliselle todistusteorialle ja samalla tavalla vanhalle common law-todistelulle. Ajatukseksi oli, että tietty todistetyyppi ei sellaisenaan yksin riitä: todistajia täyteen näyttöön tarvittiin legaalisessa järjestelmässä kaksi, common law:ssa saattoi olla oikeuskäytännön määräämänä vaatimus, että tiettyjen rikosten syyksilukemiseen ei uhrin kertomus riittänyt. Legaalinen todistusteoria on kumottu eri maissa, Ruotsissa ja Suomessa yli 70 vuotta sitten. Common law –maissa, erityisesti Englannissa, korroboratiovaatimus on yhtä lailla poistettu käytännössä lähes kokonaan.¹⁷⁰

168 Ks. kuitenkin OK 17: 29.2 (12.6.2015/732), jonka mukaan asianomistajaa, jolla ei ole vaatimuksia, kuulustellaan siis rikosasiassa todistajana..

169 Lainpelto 2012, s. 310. Hän esittää huomattavasti laajemman määritelmän.

170 Englannin osalta Murphy 2005, s.568 – 573. Ks. myös Lainpelto 2012, s. 306 – 307. Korroboratiovaatimus liittyi Murphys s. 570 mukaan kolmeen todistajatyypin: rikoskumppaneihin, seksuaalirikosten asianomistajiin ja lapsiin. Näiden osalta tuomarin tuli esittää jurylle asiaankuuluva varoitus. Vaatimukset kumottiin vuonna 1994, koska sääntöjä pidettiin liian teknisinä ja monimutkaisina ja niihin liittyi usein vaikeita

Tukitodisteluvaatimus on kuitenkin Ruotsissa¹⁷¹ herännyt ainakin osittain henkiin,¹⁷² ja Suomessakin on havaittavissa viitteitä samansuuntaiseen käytäntöön. KKO tuo seksuaalirikosjutuissa toistuvasti esille, että ”ainakaan yleensä” seksuaalirikoksen asianomistajan vastaajaa uskottavampi kertomus ei yksin riitä näytöksi.¹⁷³ Tämä merkitsee, että tukitodistelu on tarpeen. Ruotsissa on kuitenkin jatkuvasti kyseenalaistettu tukitodistelun vaatimus. HD:n jäsen Torkel Gregow esitti HD:n jäsenenä merkittävässä artikkelissaan, ettei mitään estettä ole lukea seksuaalirikosta syyksi myös pelkästään uhrin uskottavan kertomuksen perusteella.¹⁷⁴ Lainpelto laajassa väitöskirjassaan osoittaa siihen kuuluvan syrjivän elementin olemassaolon ja vaati koko tukitodisteluinstituution lopettamista.¹⁷⁵

Lainpelto toteaa sekä Englannissa että Ruotsissa tukitodistelun soveltamisen ja siitä keskustelemisen liittyvän seksuaalirikosjuttuihin. Hän erottaa viime vuosikymmenien laajassa keskustelussa sukupuolipoliittisen ja epistemologisen

legitimiteetti- ja rajanveto-ongelmia. Lainpellon mukaan (2012 s. 307) kategorista järjestelmää pidettiin liian osoittelevana ja diskriminoivana ja sitä kritisoitiin myös siitä, että sitä sovellettiin todistajaryhmiin ottamatta huomioon todistajien yksittäistä uskottavuutta. Tuomari voi kyllä edelleen varoittaa jurya, mutta se ei ole teknistä kuten ennen eikä sidottua tiettyihin ryhmiin. Murphy s. 580 toteaa (eräiden) korroboraatiosääntöjen heränneen näissä varoituksissa uudestaan henkiin; syynä voi olla se, että luopuminen alun perin johtui sääntöjen teknisyydestä eikä niinkään siitä, että tietynlaista näyttöä olisi pidetty luonnostaan epäilyttävänä, s. 570.

171 Lainpelto 2012, s. 310 viittaa paradoksiin: ”Yli puoli vuosisataa arvioitsijoihin on luotettu heidän vapaassa todistusharkinnassaan. Tukitodistelukeskustelu osoittaa tiettyä epäluuloisuutta, kun taas käännyimme legaalisten todistusääntöjen puoleen. Sellaisten sääntöjen asettaminen merkitsee selvää rajoitusta arvioitsijan ajateltuun vapauteen. Voidaan väittää, ettei ole väliä sillä, mitä sääntöjä ikinä asetetaankaan riskien minimoimiseksi, absoluuttista totuutta koskevia rajoituksia tulee aina olemaan. Ja jos sen voisimme saavuttaa, tuskin oikeudenkäyntejä tarvittaisiin. Vapaus päästä rationaalisesti perusteltuihin ratkaisuihin, jotka oikeutetaan näytöllä, on siten vapaan todistusharkinnan kulmakivi. Tukitodistelun vaatiminen edellyttäneen sen vuoksi RB 35:1.1:n muuttamista.”

172 Lainpelto 2012, s. 309 on todennut, että Ruotsissa vallinnut tulkinta useiden HD:n 1990-luvulla antamien tuomioiden perusteella oli se, että on mahdollista antaa langettava tuomio vain yhden todisteen perusteella. 2000-luvulla heräsi kuitenkin tätä koskeva keskustelu ratkaisun NJA 2005 s. 712 perusteella. Lainpellon mukaan ratkaisu on ollut laajan keskustelun ja erilaisten, juuri nähtävästi tukitodistelukysymyksen keskityneiden tulkintojen kohteena: toiset katsovat, että asianomistajan kertomuksen puutteet herättivät tukitodistelun tarpeen, toiset taas näyttävät hänen mukaansa olevan sitä mieltä, että HD otti ratkaisullaan askeleen tukitodistelun vaatimista kohti. Empiirisen tutkimuksen mukaan myös alioikeudet ovat tulkinneet ratkaisua eri tavoin. – Tuollainen ratkaisu, jossa tukitodistelu ei kaivattu, oli käsittääkseni ainakin NJA 1991 s. 833. Siihen liittyi OikN Inger Nyströmin lisälausuma, jossa hän väljensi eräitä yksilöintivaatimuksia (ns. Nyströmin oppi). OikN Torsten Gregow taas julkaisi 1996 kuuluisat ”glossansa”, joissa hän esitti inestijutun näytölle eräitä (tavallisia) arviointikriteereitä, mutta totesi, että periaatteellinen este perustaa langettava tuomio yksin asianomistajan kertomukseen sotiin vapaan todistusharkinnan periaatetta vastaan (RB 35:1): Gregow 1996, s. 509 – 523.

173 Esimerkiksi KKO 2013: 96, kohta 7 (”Riittävään varmuuteen rikoksesta ja vastaajan syyllisyydestä ei ainakaan yleensä voida päätyä vain sillä, että asianomistajan kertomus keskinäisessä vertailussa katsotaan uskottavamaksi kuin syytetyt kertomus. Asianomistajan kertomuksen painoarvoa ei myöskään itsessään lisää se, että asianomistajalla, toisin kuin vastaajalla, on velvollisuus pysyä totuudessa. Asianomistajan todentuntuinen ja vakuuttavakin kertomus tarvitsee virheettömyyden varmistamiseksi tuekseen välillistä näyttöä esimerkiksi väitetyn rikoksen jälkeisistä tapahtumista ja seurauksista.”) ja KKO 2018:53, kohta 12.

174 Gregowin ”glossia”.

175 Lainpelto 2012, s. 311 esittää neljä perustetta vaatimukselleen: ”Sitä taustaa vasten, että ilmeisiä soveltamis-ongelmia syntyy todistuksesta, tukitodistelukäsitteen mahdollisesta arvolutautuneisuudesta, siitä, että on jo olemassa vakiintuneita käsitteitä, jotka paremmin ilmaisevat seikan funktion, sekä oikeusturva-aspekteista, johtopäätös on, että tukitodistelun käsitettä ei enää tule soveltaa Ruotsin oikeudessa.”

diskurssin. Edellinen käsittelee usein kysymystä todisteen lähteestä sekä tämän luotettavuutta eli lähinnä naisten ja lasten kertomuksia. Tämän diskurssin yhteydessä voidaan Lainpellon mukaan puhua voimakkaasta polarisoitumisesta, johon liittyy selviä sukupuolten valtataistelun piirteitä. Epistemologinen diskurssi käsittelee todistusteoreettisia kysymyksiä, erityisesti sitä, voidaanko yhden pääasiallisen todisteen perusteella oikeuttaa langettava tuomio asetettua näyttökynnystä silmällä pitäen. Lainpellon mukaan voidaan väittää, että on olemassa olennainen ero toisaalta tukitodistelun vaatimisella sen perusteella, mistä näytön lähteestä päätodistelu on peräisin ja toisaalta tukitodistelun vaatimisella oikeuttamiseen liittyvien epistemologisten vaikeuksien perusteella. Molemmissa voi tosin sanoa olevan riskienhallintaa koskeva ajatus, kun tarkoitus on, että arvioitsijan tulee olla varmempi johtopäätöksestään. Ero on kuitenkin siinä, että edellinen vaatimus koskee vain tiettyjä todistetyyppejä, kun taas toinen koskee näyttöä yleisesti.¹⁷⁶

Lainpelto toteaa, että tukitodistelun ja seksuaalirikosjuttujen kytkeminen voidaan selittää sillä, että sellaisissa jutuissa harvoin esitetään muuta päänäyttöä kuin asianomistajan kertomus. Sitä vastoin voidaan Englannin oikeuden taustaa vasten selittää, että tukitodistelun käsite on luotu tiettyjen todistetyypien erottamiseksi toisista silloin, kun virhetuomion vaaran katsotaan olevan suurempi. Jos tukitodistelua vaaditaan todistelälähteen perusteella, tukitodistelun käsitteestä tulee Lainpellon mukaan arvoladattu käsite. Syntyy erityisiä todistajakategorioita, joissa tiettyä näyttöä käsitellään eri tavoin kuin muuta: tietyt todistajat liitetään suurempiin ryhmiin sen sijaan, että niitä arvioitaisiin itsenäisinä todistajajaksiloina ja omilla meriiteillään. Sellainen lähtökohta aiheuttanee Lainpellon mukaan rajanveto- ja justifikaatio-ongelmia, so. mitkä todistetyypit luetaan mukaan ja miksi. Sitä paitsi arvioitsijalle esitetään ennaltamuodostuneet näkemykset todistelusta ennen kuin tosiasiallista arviointia on tehty, mikä taas voi johtaa siihen, että näytölle annetaan väärä arvo ja että arvioitsijan vapaudelle ei anneta sitä tilaa mitä voimassa oleva oikeus antaa. Se, että tiettyjen todistajien luotettavuutta koskevat olettamukset johtavat siihen, että näitä kohdellaan ryhmätasolla, ei liene sopusoinnussa rationaalisen todistusharkinnan kanssa. Sellaisilla yleisillä, ja usein väärillä, olettamuksilla ei ole sijaa objektiivisuuteen perustuvassa näyttöharkinnassa. Lainpellon toivomus mainituista syistä on, ettei Ruotsin oikeusjärjestelmässä sovellettaisi tukitodistelua tiettyjen rikosten ja todisteiden erottamiseen muista. ”Sellaista menettelyä ei voi pitää muuna kuin syrjivänä. Ja jos tukitodistelun soveltaminen perustuisi ennaltamäärättyihin todistekategorioihin, kehityksen voitaisiin väittää kulkeeneen taaksepäin verrattuna muihin maihin, jotka ovat kumonnet tukitodistelusääntönsä 1980- ja 1990-luvulla. Mahdollisesti epäluotettavaa näyttöä esiintynee

176 Lainpelto 2012, s. 307 – 308.

sen sijaan kaikenlaisissa rikos- ja todistetyypeissä, eikä näytön arvioinnin tule sen vuoksi vaihdella sen paremmin rikoksen luonteen perusteella kuin sen perusteella, kuka on väittänyt tulleen kaltoin kohdelluksi. Kaikkea todistelua on rationaalisuuden puitteissa arvioitava ennakkoluulottomasti ja arvioinnin tulee tapahtua arvioitsijan vapaata harkintaa vasten. Jos on asetettava vaatimus tukitodistelusta, sen täytyy koskea rikosjuttuja yleisesti.”¹⁷⁷

Lainpelto toteaa, että on olennainen ero kahden tilanteen välillä: ”toisaalta, katsotaanko, ettei näyttö täytä tiettyjä perustavaluonteisia elementtejä ja sallitaanko tämän puutteen mahdollisesti kompensoitua muun näytön avulla, ja toisaalta, oletetaanko, että tiettyä näyttöä ei milloinkaan, huolimatta suuresta luotettavuudesta, voida koskaan katsoa riittäväksi. Ensimmäinen lähtökohta edellyttää arviointia kun taas toinen hylkää arvioinnin. Empiirisestä tutkimuksesta ilmenee, että sellainen muodollinen vaatimus näyttää jossain määrin valitsevan käytännössä.” Lainpellon mukaan arvioinnin rajoittamista tällä tavoin voitaneen pitää puuttumisena sekä vapaaseen näytön harkintaan (-prövningen) että vapaaseen näytön arviointiin (-värderingen). Edellistä rajoitetaan siten, että vaatimus estää tiettyyn näyttöön vetoamisen ja jälkimmäistä siten, että tietylle näytölle asetetaan ennalta-arvioidun näyttöarvon maksimi. Tätä voidaan verrata aikaisempiin legaalisiin todistussääntöihin, erityisesti indision näyttöä koskevaan sääntöön. ”Tällä on luotu kvantitatiivinen näyttösääntö, joka sulkee pois arvioitsijan vapaaseen harkintaan perustuvan ennakkoluulottoman harkinnan (prövning).” Lainpelto argumentoi sen puolesta, että näytön kvantiteetti ei takaa sen kvaliteettia: ”Kaikki nykyaikaiset epistemologit väittävät, että näytön riittävyys perustuu hiukan sofistikoitumpaan kuin itse näytön määrään. Jos arvioitsija tuntee olevansa vakuuttunut yhden ainoan todisteen perusteella ja tämä todiste on tutkittu tarkoin, niin lienee justifioitavissa ratkaisu, joka perustuu tälle näytölle. Yksittäisen todisteen ja turvamarginaalin kontrolloinnin ei tule tapahtua todistussäännön kautta vaan arvioitsijan vapaaseen harkintaan kohdistuvan luottamuksen avulla, ottaen huomioon näyttökynnys. Niinpä näytön laadun tulee jatkossa olla Ruotsin oikeuden johtava periaate eikä määrän.”¹⁷⁸

177 Lainpelto 2012, s. 308.

178 Lainpelto 2012, s. 309.

3. TODISTUSTEEMA

3.1 Todistusteema seikkana tai seikastona

3.1.1 Yleistä johdantoa

Todistelun ja ennen kaikkea sen valmistelun, ennen koko prosessia tapahtuvan ”epävirallisen” valmistautumisen ja varsinaisen normeeratun valmistelun, tärkeä vaihe on väitteiden määrittäminen ja niiden ajatuksellinen muuntaminen todistelun objekteiksi, todistusteemoiksi: mitä asiantiloja tai oikeastaan väitteitä niiden olemassaolosta halutaan näyttää toteen ja millä todisteella.

Todistusteema, *probandum*, on propositio, tietyn asiantilan olemassaoloa tai ei-olemassaoloa koskeva väite, jota todisteella, *probans*, pyritään todistamaan paikkansapitäväksi.¹⁷⁹ Todistusteemana voi olla tosiseikka, oikeussääntö ja kokemukselause.¹⁸⁰ Jos kysymys on kovista faktoista, väittämän voidaan periaatteessa näyttää olevan tosi tai epätosi.¹⁸¹ Todistettavan seikan – oli se sitten todistus-, oikeus- tai aputosiseikka – ei tarvitse olla kova fakta, vaan se voi sisältää muunkinlaista ainesta tai olla kokonaankin muunlainen, kuten adjektiivinen tai monimutkainen yhteiskunnallinen arvoarviointi.¹⁸² – Oikeastaan iskevin määritelmä todistusteemalle on Per Henrik Lindblomin: ”det som skall bevisas.”¹⁸³

179 Ekelöf 1977, s. 8 – 9; samoin Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 15. Eckhoff 1988, s. 337 käyttää todistusteema-sanaa minkä tahansa hypoteettisen seikan nimityksenä, jota koskevalla kannanotolla voi oikeusasiassa olla merkitystä. Kolflaath 2008, s. 149 alaviite 4 esittää myös tarkemman määritelmän, jota hänen mukaansa käytetään käytännön oikeuselämässä: ”...i en konkret sak vil ordet ”bevistema” gjerne knyttes til (spørsmålet om) eksistensen av konkrete (og følgelig fra sak til sak varierende) omstendigheter som for det første har direkte rettslig relevans i den konkrete saken, og for det andre bestrides og dermed vil være gjenstand for bevisførsel”. – Ks. myös Fitger – Renfors 2001, s. 11: ”Bevisningen tar ytterst sikte på de omstendigheter som är av omedelbar betydelse för utgången i målet, dvs. rättsfakta. Detta innebär att rättsfakta är bevisteman. I praktiken ställer man dock ofta upp en isolerad sakfråga som bevistema när övriga sakfrågor som har med ett rättsfaktum att göra är ostridiga. Det kan också vara så att man som bevistema säger sig ställa upp en omständighet som i sin tur utgör ett bevis för att ett rättsfaktum föreligger.” – Vaikka Fitger – Renfors siis näyttävät karttavan termin bevisfaktum käyttöä (”omständighet”), myös he tunnustavat moniportaisuuden olemassaolon. – Virolainen 1995, s. 36 on nimittänyt todistustositien asemassa olevaa seikkaa todisteluteemaksi viitaten vuoden 1948 OK 5:2:een (”mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen”). Tällainen hienojakoisuus ei nähdäkseni vaikuta perustellulta eikä se ole ottanut tuulta purjeisiinsa.

180 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 18 ja alaviite 28. Hän viittaa Lindblomiin 2003, s. 205 (aputosiseikat ja ulkomaan oikeussäännöt) ja s. 208 (kokemukselause). Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 17 – 18 jakaa todistusteemat vielä lopullisiin ja ei-lopullisiin; edelliset kohdistuvat oikeustositseikkoihin, jälkimmäiset todistus- tai aputositseikkoihin tai kokemukselauseisiin.

181 Ks. esim. Anderson – Schum – Twining 2005, s. 60 – 61.

182 Damaška 1998, s. 300 esittää esimerkkinä jälkimmäisistä teeman, oliko tilanne vaarallinen tai onko kuva seksuaalisesti paljastava (explicit).

183 Lindblom 2003, s. 208.

Ensi näkemältä voi vaikuttaa siltä, että teemakysymykset eivät koske niinkään todistusharkintaa, vaan ennen kaikkea todistelumenettelyä. Todistusharkinta on kuitenkin tässäkin suhteessa todistelumenettelyn kääntöpuoli: factfinder ei voi korjata satoa sieltä, minne siementä ei ole kylvetty, ja hyvin valmisteltu ja suoritettu kylvö antaa parhaan sadon. Teemoittamisen onnistuminen vaikuttaa suoraan lopputulokseen.

Todistusteemat eivät rajoitu vain empiiriseen faktaan, mitä oli tai mitä tapahtui, vaan niissä voidaan kysyä myös kausaalisuhdetta, miksi jotain tapahtui.¹⁸⁴ Sama koskee nykyhetkeen ja tulevaisuuteen kohdistuvaa todistelua. Näissä tilanteissa staattiseen tosiseikkaan voi osana teemaa liittyä kokemus- tai muu sääntö. Todistusteema voi siis olla myös tällä tavoin ”dynaaminen” eikä yhteen tosiseikkaan pitäytyvä.¹⁸⁵ Ongelmaksi voi tulla liiallinen kompleksisuus, jos samalla teemalla väitetään useita erilaisia seikkoja.¹⁸⁶

Probansin ja probandumin välinen suhde, todistussuhde, on kausaalinen tai looginen. Esitetyllä näytöllä on suurempi tai pienempi näyttö- eli todistusarvo; se todistaa teeman olemassaoloa eli väitteen paikkansapitävyyttä suuremmalla tai pienemmällä ”voimakkuudellaan”, vahvuudella eli todistusvoimalla.¹⁸⁷

Todistusteemat voivat muovautua laajaksi seikkojen muodostelmaksi ja kokonaisuudeksi. Tällöin voidaan puhua myös teemojen verkosta. Todistusteemat voivat siinä olla toisilleen rinnakkaisia tai alisteisia. Kun teemana oleva seikka tai useat sellaiset seikat kohdistuvat puolestaan itse saman entiteetin toteennäyttämiseen, voidaan puhua *alateemoista* ja *pääteemoista*.¹⁸⁸ Tavallisin pääteema on se konkreettinen oikeustositseikasto, joka vastaa lainsäännöksen abstraktista tunnusmerkistöä ja jonka paikkansapitävyyden näyttämistä todistelulla lopulta tavoitellaan, eli ultima probanda. Sen kukin yksittäinen osanen, oikeustositseikka

184 Damaška 1998, s. 299 – 300. Ei ole ihme, että hän katsoo juristien todistusteemoihinsa, *thema probandi*, ”tosiseikkoina” tai ”tapahtumina” sisällyttämien asioiden olevan todellisuudessa ”a jumbled mixture of matters of unequal ontological status with an unequal degree of accessibility to our cognitive apparatus”.

185 Fredman 2018, s. 250 katsookin, että laajassa rikosoikeudenkäynnissä sekä syyttäjien että asianajajien tulisi valisteluvaiheessa ilmaista todistusteemansa väittämän muodossa, esimerkiksi ”yhtiö oli tullut maksukyvyttömäksi ennen kuin verot oli tullut maksaa”. – Tämä on epäilemättä kannatettava ajatus, sikäli kuin teemoista ei tule liian kompleksisia. Toisaalta, en näe syytä, miksi tässä tulisi rajoittaa laajan jutun valmisteluvaiheeseen.

186 Esimerkiksi testamenttiasiaa se, *oliko* henkilön käsityskyky heikentynyt ja *johtuiko* testamentin muotoilu tästä, ovat kaksi eri asiaa.

187 Termejä käytetään Suomessa vapaamielisesti tarkoittamaan yleensä samaa, todisteen voimakkuutta tai vahvuutta. Ehkä niillä voi nähdä korkeintaan painotuseroja. Toisin näyttää olevan Ruotsissa, mikäli Dahlmaniin 2018, s. 67, on uskominen. Hänen mukaansa näyttöarvo (bevisvärde) on todennäköisyys sille, että todistusteema on aiheuttanut todistustositseikat, ja todistusvoima taas on hänen mukaansa se kyky, jolla tietty todistustositseikka voi lisätä todistusteeman todennäköisyyttä (bayesilaisittain likelihood ratio). Dahlman sanoo, että Ekelöfin suuren vaikutuksen vuoksi ruotsalaiset juristit ovat tottuneet puhumaan näyttöarvoa kun kuvaavat vahvuutta, mutta sanoja käytetään hänen mukaansa Ekelöfin määritelmän vastaisesti (puhutaan edellisestä kun tarkoitetaan jälkimmäistä). – Dahlmanin määrittely on nähdäkseni puhtaasti opillinen: bevisvärdens määritelmä liittyy Ekelöfin todistusarvoteoriaan, beviskraftin taas Bayesin teoriaan.

188 Dahlman 2018, s. 11 – 12. Esimerkkinä pääteemasta hän esittää Palmen murhaoikeudenkäyntiä koskevan syytteen teonkuvauksen ja osatemana motiivin. Hän mainitsee myös mahdollisena osatemana tahallisuuden. Nähdäkseni se on kyllä ultiman osateema, mutta kun se on itsessään kokoonpantu entiteetti, se on samalla usein monen probansin pääteema.

eli ultima probandum, on suhteessa tähän kokonaisuuteen *osateema* – mutta suhteessa ”alempiinsa” pääteema.

Kuitenkin samanlainen alateema-pääteema-suhde voidaan konstruoida muihinkin todistussuhteisiin, sikäli kuin alemmat todistus- tai aputositseikat ovat ensin alateemoina omille probanseilleen ja sitten itse ovat probansien asemassa omalle probandumilleen. Tämä alateema-pääteema-suhde on selkeämpi kuin oikeustositseikkojen ja oikeustositseikaston välinen pääteema-alateema-suhde, koska jälkimmäisen osalta voidaan esittää kysymys, onko järkevää sanoa osien *todistavan* kokonaisuuden – oikeustositseikkojen todella *todistavan* oikeustositseikaston olemassaolon; onko sellaiselle päättelyvaiheelle enää tarvetta? Tämä kysymys ei ole niin merkityksetöntä sanaleikkiä kuin voisi ajatella, sillä se liittyy oikeuskirjallisuudessa kiistanalaiseen – ja oikeastaan myös käytännön kannalta merkittävään – kysymykseen siitä, kumpi kohde on näytettävä riittävällä varmuusasteella toteen: oikeustositseikat kukin erikseen, vai niiden pääteema, oikeustositseikasto.

Samoin kuin oikeustositseikka/todistustositseikka -rajankäynnille, myös todistusteemoittelulle luo jännitteitä se tosiasia, että prosessioikeuden käsitteenmuodostus ei lainkaan aina mene yksiin aineellisoikeudellisen dogmatiikan kanssa.¹⁸⁹ Tyypiesimerkkeinä tässäkin ovat tahallisuuden, virheen ja vahingon käsitteet.

Todistusteeman käsite on noussut 1990-luvun prosessi uudistusten myötä meilläkin entistä tärkeämpään asemaan.¹⁹⁰ Tirkkosen täyden näytön määritelmä on tässä suhteessa moderni, koska se lähtee *tosiseikan* näytetyksi katsomisesta. Niin monta kuin jutussa on vaaditun lopputuloksen kannalta ainakin jollakin tavoin merkityksellistä tosiseikkaa, niin monta periaatteessa on myös potentiaalista todistelun kohdetta ja todistelun tulosta. Vaikka todistelun kohteena pääsääntöisesti ovat tosiseikat ja tuomioistuimen asiana on tuntea laki iura novit curia -dogmin mukaisesti, ei käytännössä suljeta pois, että todistusteemana on joskus normin tai siinä käytetyn termin ”oikea” (eli lainsäätäjän tarkoittama?) sisältö.¹⁹¹

189 Ulväng 2011, s. 468.

190 Tosin itse sanaa todistusteema ei mainita uudessakaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa. Tirkkonen 1966, s. 85 puhuu jo todistusteemasta.

191 Tirkkonen 1977, s.70 toteaa, että käytännössä tosiseikkojen, oikeusohjeiden ja kokemussääntöjen välinen raja saattaa helposti käydä suhteelliseksi. – Nähdäkseni pisimmälle erityistutkimuksen tasoisessa analyysissä meillä on edennyt Salminen 1998. Hän on analysoinut velallisen rikoksia. Hän esittää s. 68 – 70 kolmiulotteisen tarkastelumallin jutun näytölle. Tarkastelutasot ovat seuraavat: 1) teon taso fyysisenä ja subjektiivisena tapahtumana (mikä tunnusmerkistö täyttyy objektiivisesti ja subjektiivisesti), 2) säännösvarmuuden taso (mitä tunnusmerkistöä on sovellettava) ja 3) vastuun kohdentumisen taso (kuka on syylistynyt). Salminen edellyttää, että jokaisen tason on oltava riittävä täyteen näyttöön rikoksesta. – Teon taso näyttää tarkoittavan perinteistä rikoksiin liittyviin ulkoisiin ja sisäisiin tosiseikkoihin kohdistuvaa näyttöä. Myös vastuun kohdentumisessa esimerkiksi organisaation sisällä näyttäisi pohjimmiltaan olevan kysymys samasta asiasta, mutta tarkemmin yksilöidystä teemasta; kuitenkin tässä kohdin joudutaan miettimään lain sisältöä, koska oikean vastuuhenkilön määräytyminen on pystyttävä perustelemaan lain säännöksin. Säännösvarmuuden

Suhteita ja yhteyksiä, jotka justifioivat todistelun ja hypoteesien väliset yhteydet, kutsutaan mannermaalla kokemussäännöiksi ja common law -kirjallisuudessa yleistyksiksi (generalizations). Vertauskuvallisesti argumentointi on päättelyketju todistelusta hypoteeseihin. Tämän ketjun silmukat vastaavat argumentoinnin asteita tai askeleita. Jokainen silmukka paljastaa mahdollisen epäilyksen tai epävarmuuden lähteen.¹⁹² Myös kokemussääntöjen sisältö voi olla todistusteemana.

3.1.2 Käytännön näkökohtia teemoittamisesta asianosaisen näkökulmasta

Teemojen hahmottaminen on valmisteleva toimenpide, joka kuuluu luontevasti rikosasiassa syyttäjän ja puolustuksen tehtäviin ja riita-asioissa kantajalle ja vastaajalle. Se edellyttää kykyä ymmärtää ja jäsentää riittävän hyvin oikeudenkäynnin kohde: paitsi yksittäiset, kokonaisuuden oikeaksi todistamiseksi välttämättömät seikat ja seikastot, myös niiden keskinäiset syysuhteet ja yhteydet. Teemoittaminen on oikeudenkäyntiin ja todistelun esittämiseen valmistautumisen tärkeimpiä vaiheita. Se voi olla myös vaikeimpia ja työläimpiä vaiheita, mutta erityisesti laajassa aineistossa huolellinen teemoittaminen maksaa vaivan moninkertaisesti prosessissa takaisin.¹⁹³ Vaikka teemoittaminen on riitajutussa asianajajan, rikosjutussa syyttäjän tehtävä, tuomioistuimen on jo prosessiekonomian vuoksi pidettävä silmällä teemoituksen järkevyyttä kanteen tai syytteen sekä vastauksen kannalta.

Ultima probandan porrastason korkeudella on vaikutussuhde myös todistus-teemoittamiseen. Mikä omaksutaan minkin tason teemaksi: virhe vai home, lahja vai suosiolahja, tuottamus vai yksittäinen poikkeama standardista? Seikka vai seikasto? – Tämä liittyy samalla kysymykseen, mikä on ultima probandum, sen abstraktiotaso: virhe vai home; toisin sanoen kysymys, onko oikeustositseikaston päällä vielä yksi taso, ”yhdistävä tekijä”, oikeustositseikaston ”nimi” – edes käytännön työkaluna? Seikat voivat olla toisistaan riippumattomia tai riippuvaisia.

Asianosaiset siis ilmoittavat probanduminsa eli väittämänsä tosiseikat $f_{1...n}$, tarkemmin sanoen seikkojen olemassaoloa ja muuta koskevat propositiot ($P_{1...n}$), sekä ne todisteet, joilla he haluavat näyttää kunkin väitteen toteen. Todistus-teemat muodostavat verkoston, joka voi olla moniportainen argumentoinnin tasojen mukaisesti. Kun pidetään silmällä tätä verkostoa, jossa yleistyksen eli

taso taas tarkoittanee juuri lain ”oikean” sisällön selvittämistä. – Sivuilla 56 – 60 Salminen analysoi vielä yksityiskohtaisemmin velallisen rikoksiin ja talousrikoksiin yleensäkin liittyviä epävarmuustekijöitä erityisesti näytön esittämisen ja hankkimisen kannalta..

192 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 60.

193 Käytännössä voidaan havaita, että mitä paremmin juttu on valmistelussa ”läpikäsitelty” ja niin sanotusti otettu haltuun, sitä paremmin teemoitus on onnistunut ja sitä paremmin ja tehokkaammin sen käsittely oikeus-salissa etenee.

kokemussäännöt ”liimana” sitovat P_1 :t toisiinsa, voidaan puhua todistusteeman eli probandan P_1 relevanssista suhteessa seuraavaan probandaan P_2 . P_1 :n lisäksi P_2 :tta voidaan todistella muilla todisteilla, joilla siis on myös todistusteemana P_2 . Tuomioistuimien harkitsee aikanaan sen, millä todennäköisyydellä P_1 (ja muut sille rinnakkaiset probandat) on näytetty ja sitten, millä todennäköisyydellä niiden toteennäyttämisen kohteena ollut P_2 on näytetty toteen. P_2 on siis tältä kannalta todistelun (ja todistusharkinnan) tulos, mutta samalla se voi olla ja usein onkin itse todisteena seuraavan asteen probandumille, P_3 :lle. Näin edetään viimeiseen todistettavaan eli ultimate probandumiin saakka. Viimeistä edellistä probandumia on angloamerikkalaisessa kielenkäytössä tullut tavaksi nimittää paenultima probandumiksi.

3.1.3 Vuorovaikutusmalli vaihteellisuuden kuvaajana

Tuomioistuimen päätöksenteon kuvaaminen syllogismina edellyttää tosiasia- ja oikeuskysymysten muodollista erottelua toisistaan: tuomioistuin ratkaisee ensin todistelun pohjalta tosiasiakysymykset ja sen jälkeen oikeudellisessa harkinnassaan subsumoi nämä faktat niihin sopivan normin tunnusmerkistökuvaukseen ja määrittelee tältä pohjalta oikeusseuraamuksen, esimerkiksi sopimusrikkomusta koskevassa riitajutussa seurauksen laadun ja rikosjutuissa vastaavasti rangaistuslajin, määrällisissä suureissa, kuten vahingonkorvauksessa tai rangaistuksen mittaamisessa taas seurauksen määrän.¹⁹⁴ Merkillepantavaa on, että syllogismissa alalauseetta kuvataan määritelmänmukaisesti ultima probandanda, oikeustositseikkojen muodostamana seikastona. Useimmiten käsittelemättä on jäänyt, että ultima probandaa on edeltänyt mahdollisesti laajakin todistus- ja aputositseikkojen verkosto.

Miten hyvin ja miten laajoiksi todistusteemat sitten on osattava etukäteen laatia? Osaltaan tähän kysymykseen pyrki nähdäkseni vastaamaan 1980-luvun lopun ja hiukan myöhempikin keskustelu niin sanotusta vuorovaikutusmallista. Keskustelun lähtökohtana oli kysymys perinteisen syllogismin paikkansapitävyydestä ja asianmukaisuudesta oikeudenkäynnin vaiheiden ja tuomioistuimen harkintaprosessin kuvaajana nykypäivänä.¹⁹⁵ Syllogismin mukaan vahvistetaan

194 Vrt. kuitenkin jo Engisch 1960, s. 19, jonka mukaan subsumptiossa, sen alalauseeseen liittyen, on kolme erillistä elementtiä: konkreettisen asiantilan kuvaaminen, tämän asiantilan näyttäminen toteen ja asiantilan arvo-arvioiminen oikeussäännön ilmaisemaa ylälausetta vastaavaksi. Tästä Lindell 1987, s. 365 – 366. Hän arvioi, että Engisch liittii kolmannen vaiheen tosiseikkojen arvoarvioinnin siihen, että jo aikaisemmin karkeammalla seulalla valitut tosiseikat myöhemmässä vaiheessa arvioidaan tarkemmin. – Lindell mainitsee s. 366 alaviitteessä 12 myös mahdollisuuden, että tosiseikka on ”löytynyt” vasta päätösharkinnassa.

195 Vuorovaikutus, Wechselwirkung, näyttäisi olevan syllogismiin liittyvästi saksalaista alkuperää. Ainakin Karl Engisch lausuu Logische Studien -teoksessaan, joka oli ”erstmalig vorgelegt am 14. November 1942”, siitä. Näin teoksen myöhemmässä painoksessa *ylälauseen* ja elämän tositalanteen välisestä vuorovaikutuksesta Engisch 1960, s. 14 – 15: ”Zugespielt: Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und

tosiseikkakysymys eli syllogismin alalause ensin empiiris-loogisen todistusharkinnan avulla ja sitten arvioidaan oikeusseuraamus voimassa olevan oikeusjärjestyksen perusteella. Ongelma nähtiin tätä jaottelua vastaavana kysymyksenä siitä, voidaanko tosiasia- ja oikeuskysymykset erottaa toisistaan; erotettavuutta pidettiin syllogismin paikkansapitävyyden edellytyksenä. Taustalla oli myös dogmi, että oikeustositseikkoja ovat vain niin sanotut kovat, fyysiset tosiseikat. Kysymystä pohtivat useat nuoremmista tutkijoista, laajimmin ehkä Sakari Laukkanen¹⁹⁶ ja Tatu Leppänen.¹⁹⁷

Leppänen katsoi tällaisen päätöksenteon kuvauksen olevan ilmeisen riittämätön, koska se edellyttäisi tuomioistuimen ratkaisevan kaikkien relevanttien tosiseikkojen olemassaolon ennen niiden oikeudellisen merkityksen arviointia. Tämä on hänen mukaansa mahdotonta jo siitä syystä, että näytön arviointi on myös todistustaakka- ja näyttövaatimusnormien ohjaamaa; nämä normit puolestaan määräytyvät osittain sen mukaan, mitkä materiaaliset normit tapaukseen soveltuvat.¹⁹⁸

Hän pohti, voiko tuomari pääkäsittelyn jälkeen käytännön päätösharkinnassa aina erottaa toisistaan tosiseikka- ja oikeuskysymyksen, kun molemmat ovat epävarmoja, ja vastaa, että se on mahdollista vain, jos ”sovellettavan materiaallisen oikeusnormin abstrakti rekvisiitta voidaan *jäännöksettömästi redusoida* yksittäistapauksessa empiiris-loogisesti verifioitaviksi, konkreettisiksi todistusteemoiksi. Tämä reduointi pitää sisällään oikeuskysymyksen, tosiseikkojen olemassaolon vahvistaminen taas tosiseikkakysymyksen. Jos konkreettisten todistusteemojen jäännöksetön täsmen-täminen ei ole mahdollista, tosiseikka- ja oikeuskysymykset kietoutuvat erottamat-tomasti toisiinsa.”¹⁹⁹ Leppänen katsoi vuorovaikutusmallin osuvimmaksi tuomiois-tuimen ratkaisutoiminnan kuvaukseksi:

Lebenssachverhalt, nicht dagegen um einen fehlerhaften Zirkel.” Myöhemmistä tutkijoista vuorovaikutusmallista puhuu ainakin jo Zahle 1976, s. 31 – 32 (”Rettsreglerna kommer... til at virke styrende for, hvilke fakta der lægges til grund. ... Og det er de mulige fakta, der bestemmer hvilke regler der overhovedet kan komme på tale at anvende. For det andet kan den retsfølge, som bliver resuleret af syllogismen, få betydning for, hvilke fakta der lægges til grund.” Ks. myös Lindell 1987, s. 36. Meillä sitä käsittelevät tuolloin Leppäsen lisäksi ainakin jo Klami 1983, s. 247 – 249 (”Näyttökysymykset eivät ole ... vain kognitiivisia, vapaasta (tieteellispohjaisesta) harkinnasta ja totuuden selvittämisestä riippuvia asioita, vaan niissäkin tulee ilmi eri normityyppien yhteispeli.”) ja Jonkka 1991, s. 10.

196 Laukkanen 1995, s. 155 – 171.

197 Leppänen 1998, s. 124 – 136.

198 Leppänen 1998, s. 129. Ks. myös Aarnio 1989, s. 178 (sääntötiedon vaikutuksesta tosiasiatietoon); Virolainen 1999, s. 132 (vuorovaikutusteesi ja erottamattomuusteesi).

199 Leppänen 1998, s. 130. Kursivointi Leppäsen. Hän viittaa myös Lindelliin 1987, s. 181 ja s. 194 (esimerkkejä), sekä artikkeliin Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 78 alkaen ja toteaa, että voidaan puhua myös heuristisesta reduktionismista. – Artikkelissa kirjoittajien näkemys s. 79 on, että tällainen reduktionismi on, sen lisäksi että se on käytännössä liian vaikeata, myös epäviisasta heuristisena mallina sen vuoksi, että varmuus ja relevanssi ovat kietoutuneet toinen toisiinsa (intertwinement) justifikaation tasolla.

”Alustava käsitys jutun tosiseikoista vaikuttaa siihen, minkä materiaaalisten oikeusnormien katsotaan alustavasti soveltuvan; valittu normisto taas vaikuttaa siihen, mitkä jutun tosiseikat ovat relevantteja sekä miten todistustaakka ja näyttövaatimus asetetaan niiden suhteen; näiden tosiseikkojen tuleminen näytetyiksi tai jääminen näyttämättä taas vaikuttaa siihen, mitkä normit tapaukseen soveltuvat, mikä puolestaan saattaa tehdä uudet tosiasiat relevanteiksi.”²⁰⁰

Nähdäkseni *koko oikeudenkäynti* nykymuodossaan on vuorovaikutusta – se ilmenee kaikissa vaiheissa, ei yksin todistusteemojen kohdalla eikä yksin edes todistelussa kokonaisuutena. Leppäsen määritelmä pitää tuollaisenaan paikkansa, mutta vuorovaikutuksen kannalta korostaisin vielä enemmän aikadimensiota ja käynnissä olevan prosessin dynamiikkaa. Juuri prosessin aikana, aina valmistelusta pääkäsittelyyn, asiaesittelyistä todisteluun ja loppulausuntoihin, prosessi ”elää”: tosiseikkojen ”järjestäytyminen” ja uusien tosiseikkojen relevanssi voi valjeta ja tulla esille. Luonnollisesti todistelumenettelyssä asianosaisilla on ainakin valmistelun jälkeen oltava jonkintasoiset todistusteemat, ja sellaista ääritilannetta, että vasta todistusharkinnassa määritetään todistusteemoja, tulisi kaikin keinoin välttää.

Lisäksi näyttäisi siltä, että vuorovaikutusmalli halutaan liittää ”mallina” vain oikeustositseikkoihin. Suuri eikä välttämättä lainkaan helpoin osa todistelua kohdistuu kuitenkin muihin teemoihin. Myös todistus- ja aputositseikat, samoin kuin todisteltavat kokemus- ja oikeussäännöt, tarvitsevat teemansa. Käytäntö on rikkaampi kuin harmaa teoria. Taustalla häämöttävä ajatus vuorovaikutuksesta yksin normin ja oikeustositseikaston välillä kannattaa uudistaa: ”Wechselwirkung” tapahtuu myös tosiseikastojen ja niiden porrastasojen välillä.

Toisaalta, esimerkiksi väittämistaakan ankaruus ja kontradiktoriaalinen periaate merkitsevät, että pääkäsittelyn loputtua jutun aineisto on käytännössä koottu. Voiko tuomioistuimien sen paremmin todistus- kuin tuomioharkinnassaan lähteä nostamaan relevanteiksi uusia seikkoja, eli miten ajatus siitä, että ”reduktio empiirisesti verifioitavissa oleviin todistusteemoihin” tapahtuisi todistusharkinnassa?

Relevanssit epäilemättä punnitsee tuomioistuin, mutta miten ja milloin. Oikeudenkäynnin aikana vuorovaikutus tässäkin suhteessa toimii, sikäli kuin puolueettomuusnäkökohdat ja prosessinjohto ovat sovitettavissa tilannekohtaisesti yhteen. Sitkeän ja tarvittaessa peräänantamattoman valmistelun merkitystä ei voine liikaa korostaa. Vielä todistelun aikana, kun todistusharkintaa todellisuudessa jo tapahtuu, ongelmaa ei ole. Sen sijaan on vaikeampi ymmärtää ajatusta, että vasta ”ovien sulkeuduttua” todistusharkinnassa tai päätösneuvotteluissa

200 Leppänen 1998, s. 130. Hän viittaa s. 133 asianosaisten harkintaan ennen oikeudenkäyntiä ja valmistelussa. Tällöin valintoja tehtäessä todistusteemat hahmottuvat ja tarkentuvat. Ks. myös Laukkanen 1995, s. 158 – 160.

ryhdyttäisiin rakentamaan uusia relevansseja. Mistä ne silloin löytyisivät, ja voitaisiinko ne noin vain ottaa ”käyttöön”? Kun pääkäsittely päättyy, juttu on käsitelty loppuun asianosaisten osalta, ellei sitten jokin alkuperäisen kanteen tai syytteen kohta ole jäänyt *erehdyksessä* käsittelemättä (ja sitä on täydennettävä, mikä on harvinaista) – mutta tämä pääkäsittelyn täydentäminen on eri asia kuin että arvioidaan relevanteiksi kokonaan uusia tosiseikkoja. Miten tuomioistuimien ilmoittaisi uuden relevanssin havainnoistaan – välipäätös voisi olla yllättävä? Prosessinjohto ei toimi enää. Kenen puolelle tuomioistuimien silloin asettuisi, ja mitä vastapuoli sanoisi?

Ymmärrän kuitenkin Leppäsen sitaatin viimeisen lauseen niin, että siinä tarkoitetaan jo oikeudenkäynnissä käsiteltyjä seikastoja ja kysymys on vain niiden sisällön ”hienosäädöstä” todistusharkinnan varsinaisessa vaiheessa.

Olisiko ollut niin, että 1980-1990-luvun keskustelu vuorovaikutusmallista kertoo enemmänkin ajastaan eli siitä, miten työlästä on ollut kyseenalaistaa vankan aseman saanutta ja pedagogisesti selkeää syllogismimallia tuomioistuimien harkintavaiheiden kuvaajana, vaikka se olikin tuolloin ollut jo jäämässä sivuraiteelle.²⁰¹ Vuorovaikutusmalli on parhaiten otettu käyttöön viimeistään siirryttäessä keskitettyyn pääkäsittelyyn tai suulliseen käsittelyyn. Vuorovaikutusta tapahtuu aivan eri tavalla ja eri laajuudessa kuin kirjallisen menettelyn aikana. Juttu, sen yksityiskohdat ja relevanssit elävät koko prosessin ajan. Erityisesti asia on näin todistelun ja (huolellisesti valmisteltujen) loppulausuntojen vuorovaikutuksena. Sen sijaan ovien sulkeuduttua eri osallisten välinen vuorovaikutus säännönmukaisesti päättyy.

3.2 Mikä voi olla näytön kohteena eli muodostaa todistusteeman?

3.2.1 Todistusteeman kaksi ulottuvuutta: laatu ja laajuus

Kun oikeudenkäyntiin valmistautuva asianajaja määrittelee päämiehensä jutun todistusteemoja, hän voi törmätä kahteen ongelmaan: laajuuteen ja laatuun. Miten *laajaksi* todistusteema on muotoiltava, jotta se olisi järkevä ja vastaisi parhaiten todistelun rationaalista etenemistä – ja luonnollisesti päämiehen etua. Minkälaisia tosiseikkoja teemaan voi sisällyttää – *mikä voi* olla todistelun kohteena? Kysymyksiä voitaisiin nimittää teeman kvantiteetin ja kvaliteetin ongelmiksi. Klassisia esimerkkejä ovat tahallisuuden ja tuottamuksen käsitteet. Niissä myös yhtyvät molemmat näkökohdat. Laadun kannalta on helppo havaita, että näissä tunnusmerkistötekijöissä on sekä kovaa että ”pehmeää”, arvotusta

201 Leppänen 1998, s. 126.

edellyttävää, ainesta. Molempien olemassaolo, kompleksisuus, ja merkitys käyvät näkyvämmäksi vasta ultima probanda -tasolla, vaikka siellä ”pitäisi” olla vain kovia oikeustosisieikkoja. Ja hiukan väittämistäakkaakin sivuten: entä jos asiamies unohtaa mainita tahallisuuden ja viittaa vain alemman tason todistustosisiekkoihin, tai päinvastoin, vetoaa vain tahallisuuteen muttei yksilöi tarkemmin, mistä se näkyy? Onko asialle eduksi muodostaa laajoja vai suppeita teemoja?

Rikosjutussa kysymyksillä ei ole niin suurta merkitystä kuin dispositiivisessa riitajutussa. Syytteen teonkuvauksessa tapahtumat tulevat joka tapauksessa jollakin järkevällä tarkkuudella esiin ja todistelun kohteiksi.²⁰² Syyttäjän todistustaakka merkitsee myös sitä, että mahdollisten vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen todistelu ei lankea raskaana puolustuksen osalle eikä niiden teemojen nyansseilla ole juuri merkitystä puolustuksen menestymisen kannalta.

Laajuus ja laatu voivat mennä päällekkäin. Kuitenkin laajuus on enemmänkin prosessitekkinen ja -taktinenkin kysymys, laatu taas enemmän teoreettinen – ja dogmaattinen. Molemmat ovat kuitenkin käytännöllisiä, eikä niiden pohdinnassa pragmaattisuuskaan ole pahasta.

3.2.2 Voiko todistussuhde yhdistää kaikkia kolmen lajin seikkoja toisiinsa

Legaalisen todistusteorian aikana lähdettiin alun perin siitä, että todistusteema oli ainoastaan ultima probanda ja siis ne oikeustosisieikat, jotka sen muodostavat. Teema (”själfva målet”) oli siis jakamaton.²⁰³ Nykyään yksimielisyyttä tuntuu vallitsevan siitä, että todistusteemana, probandumina, voivat olla kaikenlaiset seikat: niin apu-, todistus- kuin oikeustosisieikatkin. Sama koskee kokemussääntöjä. Myötelemielisyyttä on myös ajatuksella, että oikeussäännöt voivat olla todistelun kohteina – jo vanhastaan ulkomaiset ja nyt myös kotimaiset. ”Lopullinen” todistusteema tarkoittaa ultima probandumia, oikeustosisieikkoja tai -seikastoa. Näiden erottamisella kirjoittajat ovat halunneet viestiä, etteivät todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt koske muita todistusteemoja – näkemys, jonka asetan myöhemmin kritiikin kohteeksi.²⁰⁴ Tuo näkemys juontaa mahdollisesti juurensa

202 Rikosprosessuaalinen tahallisuus on ollut lähinnä oikeustieteellinen ongelma siitä, mitä tahallisuus yleisenä käsitteenä sisältää. Luonnollisesti termin ”aineellinen” sisältö kuitenkin heijastuu todistelunkin. Kun dolus eventualiksesta on riisuttu vaikeannäyttöinen volitiivinen ainesosa pois, näyttäminen on tullut yksinkertaisemmaksi. Keskeiseksi kysymykseksi on jäänyt mentaalista tilaa kuvaavan tosiseikan muotoon puettu ”oliko pitänyt” (todennäköisenä).

203 Lainpelto 2012, s. 46 – 47.

204 Ekelöf 1977, s. 78 – 79; Edellstam s 18 teoksessa Ekelöf – Edellstam – Heuman 2009 s. 18”...både ett slutligt och ett icke slutligt bevistema kan bli föremål för bevisvärdering, men det är endast det slutliga bevistemat som kan bli föremål för bevisbörda och beviskrav”; samoin Heuman s. 83 samassa teoksessa. Samoin Eckhoff 1988, s. 337; Lappalainen 1986, s. 766: ”... todistelun kohteena, todistusteemana, (factum probandum) voi olla yhtä hyvin todistustosisieikka kuin oikeustosisieikkakin, vaikka todistustosisieikan pääfunktio onkin olla nimensä mukaisesti todistena (factum probans) oikeudenkäynnissä. Lopullisena todistusteemana on kuitenkin aina oikeustosisieikka.” Samoin Lappalainen 2001, s. 131: ”Todistusteemoiksi käyvät kyllä eräänlaisina

legaalisen todistusteorian käsitykseen, että todistusteema on yksi ja jakamaton ultima probanda.

Voiko oikeustositseikka olla aputosiseikan teemana – jolloin siis aputosiseikka todistaisi suoraan oikeustositseikan uskottavuudesta? Säännönmukaisesti aputosiseikka kohdistuu todistustositseikkaan tai toiseen aputosiseikkaan ja näiden välittämänä vaikuttaa myös oikeustositseikkaan. Ei ole helppoa löytää teoreettisesti ”puhdasta” esimerkkiä, jossa aputosiseikan omana teemana olisi välittömästi oikeustositseikka. Silloin kysymys olisi siitä, että aputosiseikka ei kohdistu minkään todistustositseikan uskottavuuden tai siihen liittyvän ominaisuuden näyttämiseen, vaan pikemminkin vie pohjaa kokonaisharkinnan luotettavuudelta.²⁰⁵ Tällaista kombinaatiota ei ole toisaalta tarvetta sulkea edes teorian tasolla poiskaan. Toinen asia on lisäksi, että oikeuskäytännöllä on joustavan etenemisen eduksi taipuvaisuutta pragmaattisuuteen ja teoreettisten määritelmien uhraamiseen: todistelun struktuuri voi hyvinkin muotoutua sellaiseksi, että seikka, joka oikeastaan näyttäisi todistustositseikalta, saakin suoraan oikeustositseikan ’arvon’ ja sen myötä esimerkiksi aputosiseikkoja satelliiteikseen.

On mahdollista eikä edes harvinaista, että samaan todistusteemaan on yhdistetty sekä todistus- että aputosiasioita. Esimerkiksi kriminalistiikan asiantuntija todistaa kengänjäljestä, että jälki on sellaisen kengän jättämä, joka kuuluu turvajalkinehtaan pieneen, vain syytetyn kotipaikan myymälään toimitettuun koe-erään (todistustositseikka teemasta: syytetty oli tekopaikalla), ja jäljessä on syvälle painuneina ja siis hyvin selvästi nähtävissä ne erityiset raidoitukset, jotka kuuluvat vain tuohon koe-erään (aputosiseikka, todistustositseikan luotettavuus). Jälkimmäisestä seikasta voi tulla todistamaan paikalla käynyt tehtaan tuotesuunnittelijakin. Todistustositseikan näyttöarvon teemalle arvioi tuomioistuim: esimerkiksi se, oliko muita kengänjälkiä, voi vaikuttaa asiaan, ja tämä on taas ehkä toisen poliisimiehen todistettava aputosiseikka. Samoin todistusharkinnan piiriin jää, mikä painoarvo asiantuntijan esittämällä aputosiseikalla eli luotettavuusarviolla lopulta on.²⁰⁶

”välietappeina” myös todistustositseikat, joilla on oikeustositseikkojen olemassaoloa arvioitaessa välillistä todisteellista relevanssia.”

205 Voisi ajatella esimerkkiä, jossa vastaajaa syytetään useista samanlaisista rikoksista, joita seudulla on tehty suunnilleen samana aikana. Yksittäisiä tekoja koskeva näyttö vaikuttaa vedenpitävältä, mutta niin sanotusti järki sanoo, että on täysin mahdotonta, että tekijä olisi ajallisesti ehtinyt tehdä kaikki teot.

206 Tämänkaltaisen asetelma oli, mutatis mutandis, eräässä jutussa, jota olin hovioikeudessa ratkaisemassa.

3.2.3 Teeman laajuudesta ja näyttökynnyksen yhteydestä siihen. Ultima probandumit vai ultima probanda?

3.2.3.1 Yleisiä näkökohtia

Eräs ongelmallinen ja kiistelty kysymys todistusoikeudessa näyttää ainakin Skandinaviassa olevan kysymys siitä, mikä on ”oikea” teemoittamisen laajuus, tarkoittaen esimerkiksi sitä, onko jokainen oikeustositseikka ymmärrettävä omaksi todistusteemakseen vai onko niin, että todistusteema ultima probandumin tasolla on yksi ja ainoa kokonaisuus.²⁰⁷ Asian voi tiivistää muotoon ”ultima probanda vai ultima probandumit”? Onko taustalla legaalisen todistusteorian ”sielfva målet”-perintö?²⁰⁸

Tämän ”fundamentaalisemman” ongelman yhteyteen liittyy luontevasti kysymys siitä, olisiko kompleksisia todistusteemoja, kuten huolimattomuus, jaettava alateemoihin, jotka kukin olisivat oikeustositseikan taseisia. Huolimattomuuden kohdalla voisi käyttää esimerkiksi, että työntekijän on ohjeiden mukaan suoritettava tietyn työtehtävän osiot määrättyssä järjestyksessä (painettava useita painikkeita A, B, C, D ja E määrättyssä järjestyksessä). Pitäisikö toimintoa esimerkiksi ”painikekohtaisesti” eli jokaisen napin painamista ja sen tapahtumista oikeassa kohdassa pitää omana oikeustositseikkanaan?

Hiukan toisesta näkökulmasta kysymykset voidaan asettaa konjunktio-ongelmana: jos yksittäiset oikeustositseikat on näytetty toteen näyttökynnys ylittäen, onko koko kanteen tai syytteen hyväksymiseksi vielä oikeustositseikaston kokonaisuuden ylittävä tuo kynnys? Jos vastaus on myöntävä, yksittäisten oikeustositseikkojen todennäköisyydet on kerrottava keskenään. Jos jokaista napia koskeva osio (painaminen ja oikeaan aikaan) on oma oikeustositseikkansa, näiden todennäköisyydet olisi siis kerrottava keskenään. Vai riittääkö, että jokaisen oikeustositseikka omana itsenään on näytetty vaaditulla vahvuudella toteen?

207 Esimerkiksi Strandberg 2012, s. 95 – 96. Hän omistaa kysymykselle laajan jakson teoksestaan, s. 407 – 459, ja pohtii sitä eri todistusteorioiden valossa. Norjassa riita-asioissa vallitsevan overvekt-periaatteen pohjalta lähtien Strandberg yhdistää kysymyksen overvekt-ongelmaan (”overvektsproblemet”), joksi hän määrittelee, miten näytön todennäköisyyden vahvuus, overvekt, on ymmärrettävä, kun se liittyy [yhteen] näyttökynnykseen. – Tulokset näyttävät jäävän laihoiksi. Kysymykseen, onko todistusteema jaettava kutakin eri oikeustositseikkaa koskevaksi, hän sanoo olevan vaikea antaa yleistä vastausta, muun muassa siksi, että se riippuu suuressa määrin aineellisesta oikeudesta. Jälkimmäiseen kysymykseensä hän suosittaa lähtökohdaksi asianosaisten määräämisvaltaa: paras todennäköisyyden vahvuuden käsite on sen vuoksi määrittämätön käsite, joka sanoo vain, että sen asianosaisten tosiseikkaväitteen, jolla on todistustaakka, tulee olla todennäköisempi kuin vastapuolen tosiseikkaväitteen. ”Innholdet i disse faktumspåstandene styres av partenes prosesshandling i hver enkelt sak.” – Toisin sanoen edelliseen ei tullut oikein vastausta, jälkimmäiseen vastaus oli se, mikä on voinut käsittääkseni jo entuudestaan.

208 Ks. Lainpelto 2012, s. 46 – 47. – Vuoden 1734 RB 17:29: ”Tu vitne äro fullt bevis, ther i the sammanstemmas. Et vitne om sielfva målet galler ej mer, än för half bevis; och tå bör then som käres til, med ed sig värja. Är han ej af then frägd, at the honom tillåtas kan; tå må han ej til saken fällas.” Tekstimuoto teoksesta Sveriges Rikes Lag 1881, s. 407.

Esillä olevia kysymyksiä on oikeuskirjallisuudessa käsitelty näyttökynnyksen yhteydessä. Lopulta näyttökynnystä ja ennen kaikkea sitä, miten se tulee kohdistaa, voidaankin pitää ohjenuorana pohdittaessa todistusteemojen mielekäästä laajuutta, ennen kaikkea oikeustositseikkojen kohdalla. Tästä syystä käsittelen asiaa eräänä näyttökynnyksen erityiskysymyksenä jäljempänä laajemmin. Esitän tässä eräitä näkökohtia asian taustoittamiseksi ja siltä kannalta, mitä erityisesti liittyy todistusteeman muodostumiseen.

Lopputulos voi olla aika tavalla erilainen riippuen siitä, pidetäänkö silmällä ultima probandumeita vai ultima probandaa yhdistettynä. Eroa voi havainnollistaa matemaattisen lähestymistavan avulla. Jos kanteen ja siinä vaaditun oikeusseuraamuksen perustan muodostaa neljä itsenäistä²⁰⁹ oikeustositseikkaa, f_1, \dots, f_4 , ja ne on näytetty toteen todennäköisyyksillä 0.8, 0.9, 0.8 ja 0.7, koko kanteen oikeustositseikaston yhteisen todennäköisyyden saamiseksi nämä todennäköisyydet on klassisen todennäköisyyden laskusääntöjen mukaan kerrottava keskenään. Silloin $0.8 \times 0.9 \times 0.8 \times 0.7$ on 0.4032. Kanne ei siis tulisi hyväksytyksi, vaikka sovellettaisiin övervikt-periaatetta.²¹⁰ Jos taas neljää oikeustositseikkaa kohdeltaisiin kutakin itsenäisesti, 50 prosentin raja ylittyisi ongelmitta – jokainen oikeustositseikka ylittäisi sen. Jos ensimmäisen ja toisen oikeustositseikan arvot sekä vastaavasti kolmannen ja neljännen oikeustositseikan arvot yhdistettäisiin yhden teeman alle, saataisiin arvot 0.72 ja 0.56, joten övervikt-kynnyks ylittyisi silloinkin. Jos kysymys olisi rikosprosessista, ongelmaa ei näillä arvoilla edes syntyisi: mikään tunnusmerkistötekijä ei edes yksinään ylitä 'ei varteenotettavaa epäilyä' -kynnystä.²¹¹ Jos viiden oikeustositseikan kunkin todennäköisyys on 0.9, kertolaskun tulokseksi saadaan vuorostaan 0,59. Tämä ei missään tapauksessa voisi johtaa rikosjutussa syyksilukevaan tuomioon – toisin kuin ehkä erillistarkastelun perusteella voisi tapahtua.

Tarkastelua voidaan tehdä myös pienemmässä mittakaavassa, esimerkiksi komplisoidun oikeustositseikan/seikaston kannalta. Pitäisikö kaikki oikeustositseikat käsitellä tiukasti erillään vai voisiko niistä muodostaa kokoavan termin alle seikastoja, jotka sitten arvioitaisiin ikään kuin oikeustositseikat? Entä jos koko seikasto onkin arvioinninvarainen?

Erottelu liittyy siis ensi vaiheessa teemoittamiseen. Kun eri oikeustositseikkoja voivat koskea, paitsi erilaiset todistustaakat, myös erilaiset näyttökynnykset, teeman laajuuden valinnalla on merkitys myös teemaa koskevaan

209 Jos oikeustositseikat olisivat toisistaan riippuvaisia, todennäköisyydet lasketaan kaavasta $P(x_1 \text{ ja } x_2) = P(x_2 \text{ kun } x_1)$ eli todennäköisyys x_1 :lle ja x_2 :lle on todennäköisyys x_1 :lle kerrottuna todennäköisyydellä x_2 ehdolla x_1 ; ks. Strandberg 2012, s. 140.

210 Olisi siis todennäköisempää, että kanne ei pidä paikkaansa, kuin että se pitää paikkansa – vaikka kanteen erilliset komponentit pitäisivät selkeällä todennäköisyydellä paikkansa.

211 Näin asia on edellyttäen, että kynnyks olisi ainakin 0.9. Todellisuudessa se olisi vielä tiukempi, sillä 0.9:n kynnyks tarkoittaisi, että joka kymmenes tuomittu olisi väärin tuomittu, mikä vaikuttaa vaikealta sallia.

näyttövaatimukseen (beviskravstema). Tätäkin kautta teemoittaminen vaikuttaa todistusharkintaan.

Kysymys todistusteeman laajuudesta esiintyy Eckhoffilla jo vuonna 1943.²¹² Hän käyttää sanaa todistustaakkateema (bevisbyrdetemaet) sen ilmaisemiseen, mikä laajuus annetaan sille teemalle, johon näyttövaatimus liitetään. Tällä hän erottaa sen muista, rajoitetuimmista todistusteemoista. Hänen todistustaakka-teema-käsitteensä on eräänlainen yläkäsite: kaksi tai useampi oikeustosisekka voivat olla oikeusseuraamuksen kannalta kumulatiivisia tai vaihtoehtoisia, ja tällöin kysymys on siitä, tulisiko ne yhdistää yhdeksi todistustaakkateemaksi.²¹³

Jens Skoghøy vastaa kysymykseen siitä, miten laaja todistusteeman tulee olla, toteamalla kysymyksen olevan oikeudellinen, ei tosiasiakysymys, ja että se on sen vuoksi ratkaistava ”tavallisen juridisen metodin” perusteella eikä todennäköisyysteoreettisilla pohdiskeluilla. Hän toteaa, että lainsäädäntö ei useimmiten nimenomaisesti ilmaise todistusteeman laajuutta. Kun tuomioistuimet harvoin tuovat mitenkään yksityiskohtaisesti esiin, miten ne ovat päätyneet ratkaisun pohjaksi laittamaansa tosiseikkaan, oikeuskäytännöstäkään ei saa paljon johtoa ratkaistaessa, miten kattava todistusteeman tulisi olla. Skogshøyn mukaan kysymys todistusteeman laajuudesta on sen vuoksi pääosin ratkaistava ”på grundlag av lovgivningspolitiske overveielser”.²¹⁴

Oikeuskirjallisuudessa on keskitytty oikeustosisekkoihin todistusteeman laajuutta pohdittaessa. Teemoitus ei kuitenkaan rajoitu oikeustosisekkoihin. Probansit, todistus- ja aputosisekat ovat myös vuorollaan todistelun kohteita ja todistusteemoja, probandoja. Samat teeman laajuuteen liittyvä kysymykset koskevat myös niitä. Kysymys ei ole aivan vähäinen; joskus todistustosisekan näyttäminen voi olla kiven takana, mutta kun se on onnistunut, oikeustosisekan näyttäminen on jo helpompaa. Näin on laita esimerkiksi silloin, kun se kokemussääntö, joka liittäisi todistustosisekan (probansin) seuraavan portaan todistustosisekkaan (probandaan), on hatara ja sisältää useita ehtoja, kun taas jälkimmäisen todistustosisekan (nyt probansina) oikeustosisekkaan probandana liittävä kokemussääntö on solidi ja ongelmaton. Myös todistustosisekat voivat olla kompleksisia ja arvoarviointeja edellyttäviä. Ehkä voi kuitenkin lähteä siitä, että oikeustosisekkujen teemalaajuutta koskevat näkökohdat sopivat mutatis mutandis myös todistus- ja aputosisekkoihin todistusteemoina.

Toisaalta se, voiko tällainen laajuuskysymys tulla ylipäätään todistelun kohteeksi, edellyttää, ettei lopullisen teeman katsota kuuluvan asianosaisen

²¹² Eckhoff 1943, s. 92 – 106; 1988, s. 337.

²¹³ Eckhoff 1988, s. 337. Tämä termille annettu merkitys näyttäisi poikkeavan sen tavallisemmasta käytöstä eli siitä teemasta, kummalla asianosaisella on todistustaakka ja minkälainen näyttökynnys on (ks. myös Lepänen 1998, s. 145 – 146). – En pysty sanomaan, onko tässä Eckhoffin käsitteessä vielä kaikuja vanhasta perinteestä, jonka mukaan jutun todistusteema oli jakamaton (vuoden 1734 OK:n puolella ”sjelfva målet”, OK 17:29).

²¹⁴ Skoghøy 2017, s. 940.

autonomian piiriin. Kysymys on siis siitä, kuka todistusteeman ylipäättään määrää eli on siihen oikeutettu. – Kysymystä siitä, *kuka* viime kädessä teeman laajuuden määrää, on käsitelty oikeuskirjallisuudessa niukasti. Ehkä lausumatomana taustana on ollut ajatus, että ”viimeisen sanan” tässä suhteessa lausuu tuomioistuimien. Tämä olisi kuitenkin käytännön realiteettien kannalta kapea näkökulma: asianosainen tuntee etukäteen juttunsa parhaiten, ja käytännön tuomioistuintodellisuudessa todisteen nimenneen asianosaisen ilmoittama teema meneekin helposti ”läpi”. Todistusteeman laajuudesta, sellaisena kuin asianosainen sen esittää, syntyy harvoin edes keskustelua. Varsinkin dispositiivisessa asiassa voi olla kyseenalaista, onko tuomioistuimella aihetta puuttua teeman laajuuteen, ellei ilmoitettu laajuus sitten ole aivan sivussa asiasta tai niin sanotusti maailmoja syleilevä (”kaikki riitaiset seikat”). Rikosasiasassa laajuus voi nousta keskusteluun, jos syyttäjä tai puolustaja ilmoittaa kaikille todistajille teemaksi ’tapahtumainkulun’ ja etukäteen tiedetään, että valtaosa todistajista voi kukin tietää vain joistakin yksittäisistä seikoista, ei ”esittää kertomusta”. En tunne käytännön tapauksia, joissa todistusteeman laajuus olisi todella nostettu prosessiprosessina omaksi, ikään kuin ”metaluokan” teemakseen.

Ovatko siis teemoja kanteen tai rikoksen 1) tunnusmerkistö itse vai 2) sen yksittäiset tunnusmerkistökijät – tai 3) molemmat? Ja onko komplisoitu oikeustoisieikka aiheellista jakaa alateemoihin? Näihin kysymyksiin palaan jäljempänä näyttökynnyksen erityiskysymysten yhteydessä.

3.2.3.2 Käytännön näkökohtia

Teemoittaminen on käytännön toimintaa. Pienemmissä jutuissa ei yhtä seikkaa koskevan väitteen teemaan käytännössä ole tarvetta mennä, vaan voidaan tyytyä karkeampaan hahmotteluun. Usein rikosasioissa todisteiden teemaksi nimetään, ehkä enempää miettimättä, ”tapahtumainkulku”. Tämä ilmaus voi olla käypä teema ulkoisten faktojen osalta silloin, kun tapahtumainkulku on ollut suppea ja lyhytaikainen, kuultava on ollut mukana tai läsnä kaikessa ja kaikesta on riitaa. Mikään statuutti ei määrää, että jokaisen mahdollisesti riitaisen alemman tai edes samantasoisien (todistustosi)seikan on muodostettava oma todistusteemansa ja että teemoituksen olisi oltava samanlainen esimerkiksi kaikilla kuultavilla. Eri todistajien tiedot kohteesta saattavat erota etukäteistiedon pohjalta suuresti toisistaan, vaikka he kertoisivatkin samasta tapahtumasta.

Tosiseikkoja sitoo toisiinsa tällöin enemmän tai vähemmän kiinteä logiikka, mutta ainakin yhtä paljon ne on muodostettu käytännön tarpeisiin. Usein logiikka muodostuu juridisista lainalaisuuksista tai kokemussäännöistä, jotka saattavat olla riidattomia tai itse kaivata todistelua. Esimerkiksi tuottamus on tällainen juridissävytteinen ja arvottamista ja merkityksenantoa edellyttävä seikkojen yhdistelmä.

Tiukasti rajattuun kohteeseen pitäytyvä todistusteema sopii huonosti niin sanottuun kertomusmalliin, jota käsittelen myöhemmin todistusharkinnan

teorioiden yhteydessä. Mitä rajatumpi teema on, sitä paremmin soveltuu kysymysmuotoinen kuulustelukolmikko pää- ja vastakuulustelu sekä täydentävät kysymykset.

Mitä laajempi ja monimutkaisempi tunnusmerkistö ja/tai konkreettinen tapahtumainkulkku on ollut ja mitä enemmän oikeudenkäynnin kohteeseen sisältyy riitaisia väitteitä, sitä yksityiskohtaisempaan teemoittamiseen joudutaan kuitenkin päätymään. Kulunut esimerkki ei ole harvinainen niin rikos- kuin riita-asiassakin: tunnusmerkistön edellyttämä moitittava suhtautuminen, tahallisuus tai tuottamus, kiistetään. Tällainen henkilön sisäistä suhtautumista osoittava seikasto on kokoonpantu ja on kiistanalaista, onko sitä mahdollista näyttää toteen, lainkaan tai ainakaan samalla tavalla kuin joitakin muita mentaalisia asiantiloja. Se edellyttää jo luonnostaan useimmiten jakamista alateemoihin eli niihin indikoiviin ulkoisiin seikkoihin, joista tuo suhtautuminen on pääteltävissä.²¹⁵

Kun laajempi todistusteema eli sen sisältämä väitetty tosiseikasto ”murretaan” pienemmiksi teemoiksi (esimerkiksi $T_1 = T_a + T_b + \dots T_n$), lopputuloksena voi olla, paitsi horisontaalisesti saman portaan ”pienempiä” seikkoja (edellä oikeustositseikkoja), myös hajaannusta vertikaalisesti eli akseleilla todistustositseikka – oikeustositseikka ja todistustositseikka – todistustositseikka. Tosiseikat ja todistusteemat ketjuuntuvat niin, että alemman asteen todistusteema (T_a ja T_b jne.) muodostaa (todistus)tosiseikan seuraavan asteen teemalle (T), ja tämä vuorostaan on mahdollisesti tosiseikkana seuraavan asteen teemassa.²¹⁶ Ketjuuntuminen kuvaa osuvasti osaltaan prosessin dynaamista luonnetta ja tulee ilmi esimerkiksi näytön hankinnassa, esittämisessä ja todistushankinnassa.²¹⁷

215 Lindblom 2003, s. 237 – 242 katsoo, että myös tahallisuuden elementit on syyttäjän syytteessään ilmoitettava eli tuotava esiin, mistä tahallisuuden asteesta hän väittää syytteessä tarkoitettussa teossa olevan kysymys. Ei riitä pelkästään se oletamus, että tahallisuusväite käy ilmi jo rikoksen yksilöinnistä rubriikkiin ”sisäänkirjoitettu” eikä sekään, että pelkkä sana tahallinen mainitaan, hän toteaa. – Meillä syyttäjät ilmoittavatkin erityisesti henkirikosyytteissä tahallisuuden asteen ja usein sellaiseksi mainitaan dolus eventualis. Taustalla lieenee osaltaan KKO:n perustelukäytäntö. Toisinaan jo syytteessä kerrotuista seikoista voi käydä kuitenkin ilmi, että kysymys on ollut dolus determinatuksesta tai directuksesta. Syyttäjä on vedonnut syytteessään esimerkiksi pitkäaikaiseen surmaamisen suunnitteluun tai palkkamurhaan. Tämä herättää kysymyksen, voiko tuomioistuimien tuomita näistä tahallisuuden lajeista, vai onko sen käytettävä tahallisuuden alinta astetta, mikä voi näyttää tosiseikkojen valossa väkinäiseltä. Kysymys voidaan välttää tarkentavalla prosessinjohtolla, joka ei lankea syytetyn vahingoksi, ottaen huomioon syytteen muu sisältö. Dolus eventualiksesta syyttäminen on ”turvallista”, kun vältetään epävarmuus tuomioistuimen suhtautumisesta, jos on syytetty deteterminatuksesta ja näytetyksi tulisikin vain eventualis. Jos Lindblomin suosittelemaa esitystapaa halutaan laajemmalti käyttää, ehkä ”ainakin”-konstruktio olisi tämän yhden tunnusmerkistötetikän kohdalla *syytteessä* käytännöllinen – vaan ei tuomiossa mahdollinen.

216 Lappalainen 2001, s. 131 ja 133: ”Todistusteemoiksi käyvät kyllä eräänlaisina ”välietappeina” myös *todistustositseikat*, joilla on oikeustositseikkojen olemassaoloa arvioitaessa välillistä todisteellista relevanssia.” ja s. 133: ”Todistustositseikkaan kohdentuva välillinen todistelu synnyttää oikeustositseikan selvittämiseen ulottuvan todisteluketjun, koska välillisellä todistelulla ei voi olla mitään itseisarvoa, vaan lopulliset todistusteemat ovat aina oikeustositseikkoja koskevia väitteitä.” (Kursivoinnit Lappalaisen) Tähän hän antaa alaviitteessä 20 s. 133 osviitan, että tuomioistuinikäytännössä olisi ”tärkeää, että mahdolliset välilliset todistusteemat kytkeään heti selvästi *niihin riidanalaisiin oikeustositseikkoihin*, joiden selvittämiseen todistelu varsinaisesti tähtää. Välillinen todistelu ei saa irtautua varsinaisesta todistusteemasta.” (Kursivointi Lappalaisen).

217 Ks. myös Eckhoff 1988, s. 337.

3.3 Teeman laadusta. Arvostuksenvaraiset ja oikeudelliset seikat todistelun kohteina eli todistusteemoina?

3.3.1 Johdantoa. Doktriinin dogmaattinen kanta

Bengt Lindell 1987 katsoo, että ideaalina tulisi olla, että todistusteemat pyritään täsmentämään ”puhtaiksi kuvauksiksi”.²¹⁸ **Juha Lappalainen** on edustanut kantaa, että arvoarvostelma ei ”ole” oikeustositseikka ja ettei ”arvoarvostelma ’itsessään’ voi olla todistelun kohteena eikä sitä voida näyttää toteen. Peruste tälle on se, että ”arvoarvostelmat eivät ole oikeustositseikkoja”.²¹⁹ Lappalainen lausuu lisäksi seuraavaa:

”Todistusteemoina ovat ... ne väitetyt tapahtumafaktat, joista voidaan tehdä arvo päätelmä. Arvoarvostelmissa on kyse luonteeltaan samanlaisesta päättelystä kuin oikeustositseikkojen juridisessa luonnehdinnassa, joka sekin lankeaa väittämistään ja todistustematiikan ulkopuolelle. Yhteys juridiseen luonnehdintaan ilmenee siitakin, että usein arvoarvostelma, esim. ”törkeä” tai ”lievä”, sisältyy rikoksen juridiseen nimikkeeseen. Esimerkiksi pohdittaessa, onko syytetty tienkäyttäjänä rikkonut teollaan liikennesäännöksiä tavalla, joka on omiaan aiheuttamaan vaaraa toisten turvallisuudelle, emme ole tekemisissä faktoja koskevan näyttökysymyksen, vaan näytettyjen faktojen arvottamista koskevan (oikeudellisen) päättelyn kanssa. Näyttöongelma koskee itse teon ulkoisen kulun selvittämistä, mikä on eri asia kuin teon vaarallisuutta koskeva arviointi.”²²⁰

Leppänen pitää lähtökohtana perinteistä oppia tosiseikka- ja oikeuskysymyksen tiukasta erottelusta katsoessaan, että *pyrkimyksenä* tulee aina olla, että asianosainen ilmoittaa todistusteemaksi mahdollisimman konkreettisen, ’puhtaan’ tosiseikan.²²¹ Selvän eron tekeminen oikeus- ja tosiseikkakysymyksen välillä on käytännössä vaikeaa eikä se ole teoreettisesti välttämätöntä ennen empiiris-loogista todistusharkintaa, sillä asianosaisen saattaa olla hankalaa välttää normatiivisesti värityneiden ilmausten käyttämistä, kuten ”mitä asianosaiset tietysässä neuvottelussa ’sopivat’ tai

218 Lindell 1987, s. 180 – 182. Hän esittää esimerkkeinä muun ohella teemat ”Tapasiko A B:n” ja ”Onko vuokralainen A ollut häiritsevä?” ja osoittaa, että vaikka nämä näyttäisivätkin olevan ”verifikaatioakselin” eri päissä, näin ei tarvitse olla. Verifikaatioakselilla tarkoitan Lindellin akselia, jonka toisessa päässä ovat joko-tai-vastattavat teemat ja toisessa päässä teemat, joihin ei näin voi vastata.

219 Lappalainen 2004, s. 154. Ks. myös Lappalainen 1986, s. 764 - 765, jossa hän huomauttaa, että dogmaattista väittämistäakkeateesiä ei käytännön prosessitilanteessa useinkaan saateta viedä läpi puhtaaksiviljellyssä muodossa.

220 Lappalainen 2004, s. 154 – 155.

221 Leppänen 1998, s. 136 (Kursivointi JR.) Leppänen viittaa tässä juuri Lindelliin 1987, s. 180.

että toinen sopijapuoli oli tietyn seikan suhteen 'vilpillisessä mielessä'".²²² Leppänen katsoo, että "ilmoitetulta todistusteemalta vaadittava konkreettisuus (täsmällisyys) tulisi ratkaista viime kädessä sen mukaan, mikä on kyseessä olevan säännösten funktio, eikä pyrkimällä ehdottomasti teoreettis-käsitteelliseen 'puhtauteen', jossa todistusteemat on irrotettu kaikesta normatiivisesta aineksesta." Hän nimittää tätä funktionaaliseksi malliksi. Hänen mukaansa kysymys konkreettisista, "puhtaista" oikeustositseikoista muuntuu funktionaalisessa mallissa viime kädessä kysymykseksi siitä, kuinka täsmällisesti todistusteemat on kussakin oikeudenkäynnin vaiheessa ilmoitettava. *Hän päätyy siihen, että vetoamiselta ja todistusteemalta vaadittava konkreettisuus ei ole välttämättä sama; voidaan ajatella, että todistusteeman ilmoittamisen olisi oltava konkreettisempaa kuin vetoamisen.* "Vasta todistusharkinnassa reduktio empiirisesti verifioitavissa oleviin todistusteemoihin olisi välttämättä tehtävä." ²²³ Leppänen mukaan "kompleksiset oikeustositseikat eivät voi olla todistusteemoina, koska jos kompleksi (kuten "omistusoikeus") riitautetaan, näytön on luonnollisesti kohdistuttava kompleksin 'takana' oleviin, vedottuihin momentteihin eikä kompleksiin sinänsä. Todistajaa ei voida kuulla kantajan "omistusoikeudesta", vaan esim. kaupasta, jolla tämä hankki esineen."²²⁴

Olen samaa mieltä siitä, että normatiivista ainesta voi olla vaikea erottaa kovista faktoista. Kyseenalaistaisin kuitenkin sen, onko tämä ylipäättään tarpeellista tai aina edes mahdollista. Voi myös kysyä, missä määrin tällainen "oikeaoppisuus" todella palvelee todistelun selkeyttä: jos käsitteestä pudotetaan normatiivinen (tai muu arvottamista edellyttävä) komponentti pois, tulee vaara, että myös "raa'alta puolelta" jää jotain relevanttia sanomatta. Ajatus funktionaalisesta mallista on hyvä. Leppänen antaa kuitenkin ymmärtää, että teemoittaminen ei välttämättä tapahtuisi ennen oikeudenkäyntiä, vaan vasta sen aikana, jopa vasta todistusharkinnassa eli tuomioistuimen toimesta käsittelyn jälkeen. Käsitteäkseni tällaisen ei tulisi olla mahdollista, jos kanteessa tai syytteessä tai valmistelun tuloksena on jo ilmoitettu todistusteemat, joihin vastapuolella on

222 Leppänen 1998, s. 136. – Kumpikaan esimerkeistä ei ole erityisen normatiivinen: se, mitä osapuolet sopivat, on tavanomainen sopimuksen sisältöä koskeva faktakysymys ja rinnastettavissa kysymykseen normin voimassaolosta (asianosaisten kesken on voimassa, että sopimuspuolilla on toisiaan kohtaan velvollisuudet x ja y); vilpillinen mieli taas kuuluu Popperin maailmaan 2, ja sen näyttäminen onnistunee konkreettisilla, kylläkin ehkä vain indikoivilla todistusteemoilla. Olkoonkin että käsitteeseen näytettynä liittyy oikeudellinen implikaatio, mielen vilpillisyys eli jonkinlainen huijaustarkoitus on mentaalinen mielentila.

223 Leppänen 1998, s. 136. (Kursivointi JR.)

224 Leppänen 1998, s. 136 alaviite 52. Hän viittaa Bernhard Gomardiin, Civilprocessen 1994, s. 384 ss. ja Lindelliin 1987, s. 380 – 384. – Lindell pohtii kuitenkin todistusteeman purkamista fakta- ja oikeuskysymyksiin ja sitä, mitä seurauksia olisi, jos erottelu ei olisi sama väittämistaakan ja todistelun kannalta. Hän hylkää funktionaalisen mallin ja päätyy s. 383 suosittamaan, ettei loogis-käsitteellinen tarkka analyysi käytännössä ole välttämätön, vaan että tuon kriteerin tulee (yleensä; ks. 384) olla suuntaa-antava (vägledande) ja että reduktion tulee olla väittämistaakan taustalla oleva tarkoitus, toive saada jonkinlaisia kiinteitä todistusteemoja ja prosessiekonomiset harkinnat. Gomard (1990, s. 384 - 385) tuo nähdäkseen esille näkökohtia liittyen pikemminkin siihen, että dispositiivista käsittelymenetelmää sovellettaessa ei voida toimia pelkästään puhtaasti faktisten tietojen varassa. Kyllä hän päätyy sitten iura novit curia-maksiimiin.

tällöin asiamukainen tilaisuus reagoida omine teemoineen. Oikeudenkäynnin aikana voi tulla tarvetta muutoksiin ja lisäyksiin (sekä poistoihin, jos teemasta dispositiivisessa asiassa päästään yksimielisyyteen). Pääsääntö tällainen asteittainen teemoitus ei kuitenkaan voine olla eikä käytännössä olekaan.

Leppäsen näkemys omistusoikeudesta todistusteemana on mielestäni puolettavissa, jos kysymys on omistusoikeuden vahvistuskanteesta ja voidaan osoittaa konkreettinen saantotapahtuma, johon näyttö voidaan kohdistaa. Kaiketi omistukseensa vetoavan etu on vedota sellaiseen heti ja suoraan, ja miksi hän ei niin tekisikin. Käräjille päätyviä tilanteita, joissa omistusoikeutta kysytään, on kuitenkin monenlaisia. Riittäisi ja siis todistelun kohteiksi päätyvät toisinaan tilanteet, joissa yksilöitävää tapahtumaa ei ole tai sitä koskevaa näyttöä ei kerta kaikkiaan löydy. Tällöin voi olla mahdollista, että teemana on omistusoikeus ja todistaja kertoo havainnoistaan, joista hän on tullut käsitykseen omistusoikeuden olemassaolosta.²²⁵ Tässä yhteydessä todistaja saattaa kertoa monista indikoivista havainnoistaan. Ne voivat olla siinä määrin sirpaleisia, ettei ole järkevää rakennella niistä omia todistusteemoja.²²⁶ Asiaa voidaan lähestyä myös käytännöllisemmältä, arkikieliseltä kannalta. Omistusoikeus on juridinen käsite, mutta myös käypä yleiskielen käsite. Henkilön omistusoikeus tavaraan tarkoittaa sitä institutionaalista tosiasiaa, että hän omistaa sen. Tämän toiseikan selvittämiseksi joudutaan mahdollisesti todistelemaan omistusoikeuden siirtymistapahtumasta tai sitten näyttö voi kohdistua siihen, että hän (eikä joku toinen) on ”ylimuistoisesti hallinnut omaisuutta” omistajan tavoin.

Lindell 2017 otsikoi suorasanaisesti, että todistusharkinta kuuluu oikeuden soveltamiseen. Käsitellessään vastasyitä luonnontieteellisen katsantotavan ja kvantitatiivisten todennäköisyysteoreettisten mallien käytölle hän muun ohella toteaa, että joskus on vaikeaa ja jopa mahdotonta erottaa toisistaan tosiseikkaa ja normia.²²⁷ Erityisesti siviiliprosessissa on Lindellin mukaan usein vaikeaa pitää erillään todistusharkintaa ja oikeuden soveltamista. Hän mainitsee ehkä selvimpänä esimerkkinä tästä juuri sopimuksen tulkinnan. Hän osoittaa useilla esimerkeillä tilanteita, joissa ei ole mahdollista sanoa, mikä on todistusharkintaa ja mikä on oikeuden soveltamista.²²⁸

Alexander Peczenik on pitänyt mahdollisena soveltaa formaalilogiikan laskukaavoja myös arvolauseelmiin, tosin ”appropriately modified in formal respects”.²²⁹

225 Tähän voi tietysti huomauttaa, että todistajan asiana ei ole kertoa omista käsityksistään. Käytäntö ei ole ihan näin puhdasoppinen. Käsitys voi olla nimenomaisena teemana. Joka tapauksessa todistajan käsitys on hänen ajatteluaan ja kertomustaan koskeva ”kokoava” voima.

226 Tällöin kaiketi olisi kysymys ”eckhofflaisittain” siitä, että sirpaleet voisivat olla oikeustositseikan statuksella, mutta omistusoikeus olisi niitä kattava todistustaakkateema.

227 Lindell 2017, s. 598 – 601.

228 Lindell 2017, s. 601 ja 605 – 606.

229 Peczenik 1990, s. 309.

3.3.2 Mitä ovat arvostuksenvaraiset ja kokoonpannut seikat ja seikastot? Todistusteemana adjektiivi?

3.3.2.1 Johdantoa. Arvostuksenvaraisuus teemana tai osana teemaa

Abstrakteissa siviili- ja rikosoikeudellisissa tunnusmerkistöissä oleva substantiivi voi sisältää osatekijänä arvionvaraisen seikan, kuten usein esimerkkinä käytetty termi tuottamus. Monissa tunnusmerkistöissä käytetään puhtaita adjektiiveja (törkeä, lievä) esimerkiksi itse perustunnusmerkistön kvalifioinnin tai privilegioinnin muodostavien perusteiden kuvaamisessa. Esimerkkejä on kosolti: ”rikos on kokonaisuutena arvostellen törkeä” (tai vähäinen), ”on omiaan aiheuttamaan vakavaa vaaraa”, ”hengenvaarallinen väline” ja niin edelleen.

Arvionvaraisuus on muutakin kuin oikeudellista arvionvaraisuutta. Perustuu oikeudellinen arvionvaraisuus sitten suoraan lain normiin tai ad hoc -tilanteessa analysoituun velvollisuuteen, siihen liittyy sollen-tekijä: kysymys siitä, mitä jonkun tulee (on tullut) tehdä, tietää tai miten muuten suhtautua syytteessä tai kanteessa esillä olevaan tilanteeseen, seikkaan tai olosuhteeseen. Muussa arvionvaraisuudessa kysymys voi olla esimerkiksi teon aiheuttamien immateriaalisten seikkojen arvioimisesta. Arviot voivat olla arvostuksia: ne voivat liittyä moraaliin, etiikkaan tai muihin arvoarvostelmien perusteisiin. Näillä on vaikutusta kanteen arvioimiseen, vaikka niitä ei voida pitää oikeudellisina samassa merkityksessä kuin edellä mainitun kaltainen sollen-normi. Niin oikeudelliset kuin muut arvionvaraiset entiteetit voivat olla substantiiveja tai adjektiiveja.

Loppujen lopuksi edellä olevia arvionvaraisen termin käyttötilanteita ei ole erityisen järkevää erotella toisistaan; arvostuksenvaraisuus on ”läsnä” kaikissa niissä.

Perinteinen dogmatiikka on edellyttänyt selkeää oikeus- ja tosiasiakysymysten erottelamista.

Tämä dogmi esiintyy tiukasti teoreettisissa esityksissä ja oppikirjoissa edelleen. Siinä on kuitenkin ollut havaittavissa murtumia. Esimerkiksi Leppänen katsoo, että lopullisen erottamisen ei tarvitse tapahtua todistelussa, vaan se tapahtuu vasta tuomioistuimen todistusharkinnassa. Ymmärrän tämän niin, että prosessia käytäessä kelpaisivat normatiivisväritteiset (mutta ei kompleksiset?) teemat. Tämä on mielestäni huomion arvoista, vaikka en pidäkään oikeana menettelynä sitä, että näyttötuomari tai kollegio todistusharkinnassaan itse tykönsä ja in camera päättää, mitkä olivat päättyneen jutun oikeustositseikkoja.

Seuraavassa käsittelen eräitä tilanteita, joissa oikeudelliset entiteetit voivat ilmetä todistelussa. Sen jälkeen käsittelen muita arvostuksenvaraisia entiteettejä vastaavalla tavalla. Tämän jälkeen käyn läpi vaikeuksia, joita kohdataan molempien erottamisessa kovista faktoista. Lopuksi kysyn, onko erottaminen ylipäätään tarpeellista ja onko aihetta pitää vanha dogmi hengissä.

Adjektiivin käytön ei oikeudellisissakaan yhteyksissä tarvitse rajoittua tunnusmerkistöihin eli abstraktisiin ja vastaavasti konkreettisiin oikeustositseikastoihin, vaan ne voivat esiintyä yhtä lailla todistus- tai aputositseikkojen määrittäjinä: ”liukas keli”, ”sakea sumu” jne. Adjektiivien ei myöskään tarvitse kuulua luonteeltaan juridiseen kieleen, vaan ne voivat olla esimerkiksi luonnontieteellisiä, lääketieteellisiä tai moraalisia määrittelyjä – itse asiassa useat juridiseen kieleen omaksutut adjektiivit (”törkeä”, ”vähäinen”, ”syyntakeinen”, ”alentuneesti syyntakeinen”) sisältävät tällaisen moraalin, etiikan tai yhteiskunnan edun värittämisen kannanoton.

Tunnusmerkistöön sisältyvä kokoonpantu seikasto voi sisältää myös sellaisen arvostuksenvaraisen komponentin, joka merkitsee määrätyn seikan, yleensä tekijän tietoisena olemisen, modaalista vaatimista tai sallimista, siis tavallaan sollen-operaattorin. Esimerkki tällaisesta on perusteltua vilpittömyyttä mieltä kuvaava ilmaisu ”on/olisi pitänyt tietää” (tai ”ymmärtää”). Tämän negaationa on salliva ilmaisu ”ei olisi pitänyt (merkityksessä ei tarvinnut, ei ollut velvollisuutta) tietää”. Ilmaisua ”on täytynyt tietää” on oikeuskäytännössä myös käytetty ilmaisuna siitä, että dolus eventualiksen tietoisuus-kynnyksen on rikosoikeudellisen tahallisuuden²³⁰ todistusharkinnassa katsottu ylittyneen. ”Pakotettu” ilmaus sisältää kaksi ratkaisua, episteemisen ja normatiivisen. Episteemisen harkinnan lopputuloksesta on kysymys, kun tuomioistuin katsoo, että yleisen elämänkokemuksen tai muun kokemussäännön edellyttämät kriteerit on näytetty toteen, ja normatiivinen ratkaisu taas on päätelmä, että juuri syytetyn on tai oikeastaan olisi tullut tekohetkellä tehdä tuo yleiseen elämänkokemukseen tai muuten *tuntemaansa* kokemussääntöön perustuva johtopäätös.²³¹ Ratkaisu, mitä jonkun on täytynyt tai pitänyt tietää tai ymmärtää, on institutionaalinen tosiasia: jollekulle asetettiin velvollisuus, joka ”muuttaa maailmaa”, olkoonkin siinä vaiheessa vain tuomioistuimen päätösharkinnan tarpeisiin.²³² – Tällöin näyttäisi siis olevan kysymys normiväritteisestä tosiseikasta, ei normista – vaikka ilmaisu voidaan helposti kääntää normiksi: ”syytetyn on *tullut* (yleisen elämänkokemuksen tai muun *tuntemansa* kokemussäännön nojalla) luetelluista seikoista tehdä johtopäätös, että seuraus syntyy”.

230 Tosin uudessa RL 3:6:ssä ja uudemmassa oikeuskäytännössä ei enää suositeta pakottavaa päättelyä ainakaan syytetyn harkinnan loppukuvauksena, vaan todetaan suoraan, mitä hän *on* tiennyt eli ”*pitänyt* varsin todennäköisenä”. Seurauksen osalta RL 3:6: ”...pitänyt seurauksen aiheutumista... varsin todennäköisenä”; olosuhdetahallisuuden osalta KKO 2013:17 kohta 34 (...katsoo pitäneen...); (ks. kuitenkin varauma kohdassa 33). – Luultavasti perustelutavan muutos ei ole merkityksellinen; voisi olla mahdotonta saada brd-varmuutta siitä, mitä syytetty ”oikeasti” on ajatellut.

231 Vastaavalla tavalla voidaan analysoida myös siviilioikeuden puolella, esimerkiksi oikeustoimilain ’olisi pitänyt tietää’ -konstruktioiden kohdalla.

232 Sen normatiivisuus voidaan myös asettaa kyseenalaiseksi: voidaan ajatella tilannetta, jossa henkilön on pitänyt tietää jotakin, ja on riidatonta, että toinen henkilö oli tuon asian hänelle *expressis verbis* juuri sanonut. Jos tietoisuus kuitenkin kiistetään ja tuomioistuin joutuu tekemään tietoisuus-ratkaisun, tämä tapahtuu koko lailla pelkästään episteemisellä perusteella.

3.3.2.2 Arvostuksenvaraisista seikoista ja kokoonpannuista seikastoista laajemmin

Myös puhtaat faktat tulevat jossain vaiheessa arvotetuiksi. Vaikka todistelu kohdistuisi ulkoiisiin, koviin tai puhtaisiin tosiseikkoihin, tuomioistuinprosessin lopputuotos ei voi pysähtyä tähän. Tuomioistuin ei ole teknillinen tutkimuslaitos, jonka tehtävänä olisi pelkästään suorittaa tieteellisinä tutkimuksia esitetystä aineistosta. Kannetta, jossa ei haluta muuta kuin selvittää puhtaan tosiseikan totuusarvo, siis ilman edes väitettyä juridista kehystä, ei tutkita.²³³ Tapana on sanoa, ettei kysymys ole tuomioistuinasiasta ja että tätä koskeva ehdoton prosessinedellytys puuttuu. Toinen mahdollisuus ilmaista sama asia on sanoa, että oikeudellinen intressi puuttuu.

Seikkojen arvostuksenvaraisuudessa on suuria eroja.²³⁴ Selvimmin arvoarvointia sisältävät tai sitä edellyttävät suuret liittyvät tavalla tai toisella arvioidavana olevan seikan ”hyvyyteen” tai vastaavasti moitittavuuteen eli tavalla tai toisella moraalisiin, eettisiin tai muihin vastaaviin arvoihin. Siten tyyppi-esimerkkejä näin kokoonpannuista seikkojen kokonaisuuksista ovat tuottamus tai perusteltu vilpiton mieli. Usein seikastojen rakenne määräytyy suoraan lain tai muun normin sisällöstä, sen sisältämisestä siviili- tai rikosoikeudellisista tunnusmerkistötekijöistä.²³⁵

Seikastojen yhdistely voidaan esitysteknisesti viedä niinkin pitkälle, että koko jutun ratkaisevaa riitakysymystä näytettäisiin voitavan luonnehtia yhdellä kokoonpannulla seikastolla (oliko tuottamusta vai ei? oliko menettely hyvän rakennustavan mukainen vai ei?). Mahdollinen (mutta varmaan harvinainen) on tilanne, että asianosaiset ovat yksimielisiä kaikkien kovien faktojen riidattomuudesta. Tällöin voitaisiin ajatella, että tuomioistuimen ratkaistavaksi jää pelkkä oikeuskysymys. Näin asia ei kuitenkaan ole. Kuten Ho toteaa, silloinkin

233 Eloisana esimerkkinä Tauno Ellilä 1976, s. 100 – 104 antaa kysymyksen urheilukilpailun voittajasta. Tosin siinäkin oli mukana taloudellinen vaatimus. Voi kuitenkin olla, että esimerkki on ajan myötä menettänyt tehonsa. Nykyään lienee mahdollista käydä oikeutta (ainakin erityisellä areenalla) tästä kysymyksestä – ainakin jos siihen kytketään taloudellinen vaatimus, kuten esimerkissä.

234 Leppänen toteaa 1998, s. 130 – 132, että tietty normatiivinen elementti kuuluu usein tosiseikkoihin sisäänrakennettuna ja määrittää niitä. Seikka voi olla myös jo itsessään abstraktio tai joka tapauksessa sellainen, että jo sen luonne edellyttää merkityksenantoa tai arvottamista. Sellaisia ovat esimerkiksi avoimet käsitteet. Siten se, että seikka sisältää tällaista ainesta, ei estä sen luonnehtimista todistusoikeuteen liittyvällä käsitteistöllä

235 Mistä tuottamus koostuu, määräytyy tilanteen ja siihen sovellettavien normien, kuten vahingonkorvaus- tai rikosoikeudellisten normien, pohjalta. Kysymys norminvastaisen menettelyn ja tuottamuksen välisestä suhteesta voi tulla esiin periaatteessa missä jutussa tahansa, missä nämä elementit ovat käsillä. Niinpä esimerkiksi työoikeudessa on toisinaan vedottu siihen, että joskin työnantajan menettely tämän päättäessä työntekijän työ sopimuksen voidaan jälkikäteen arvioida norminvastaiseksi (esimerkiksi siinä vaikeassa ja tulkinnanvaraisessa kysymyksessä, oliko kysymys liikkeen luovutuksesta vai ei), ei menettelyssä silti voida välttämättä nähdä tuottamusta tai huolimattomuutta. Kärjistetyksi on myös huomautettu tilanteesta, jossa vasta ylempi oikeus, ehkä vasta KKO, tulkitsee tilanteen norminvastaiseksi; työnantajan menettelyn pitämisen huolimattomana implikoi tällöin ajatuksen, että työnantajan olisi pitänyt olla tuomioistuinta paremmin selvillä lain ”oikeasta” sisällöstä.

kun faktoja ei ole kiistetty, ne sisältyvät osana tuomioistuimen ratkaisun justifiikaatioon. Faktuaaliset yleistykset ovat syvään painuneina oikeussäännöissä.²³⁶

Vaikka asianosaiset itse näyttäisivät olevan lähtökohtaisesti sitä mieltä, että arvottamisen taustalla olevista kovista faktoista ollaan yhtä mieltä, asian valmistelussa usein paljastuu, että riitaa on myös kovien tosiseikkojen voimassaolosta. Asianosaiset eivät olekaan yksimielisiä arvioimista edellyttävän suureen tai suureiden toimintaympäristön muodostavista monenlaisista konkreettisista seikoista ja seikastoista, ja ne tulevat todistelun kohteiksi.

Yhdistetyn seikaston arvottamisosuus edellyttää joka tapauksessa *jonkin* tahon suorittamaa arvottamista. Arvottamisen voi suorittaa tuomioistuin, mutta se on voinut tapahtua tosiasiallisesti muuallakin, jolloin tuomioistuin saattaa eksplisiittisesti tai konkludenttisesti siunata tämän arvottamisen tai osan siitä. Arvottaminen voi tällöin perustua jo yleiseen elämänkokemukseen siten, että esimerkiksi tietynlainen konkreettinen menettely mielletään asiaa enempää kyseenalaistamatta huolelliseksi, jolloin huolellisuusarviointi on tavallaan ”sisäänrakennettuna” noissa, sinänsä ulkoista konkretiaa kuvaavissa ilmauksissa.²³⁷

3.3.3 Oikeudelliset seikat todistusteemoina

3.3.3.1 Johdantoa

Kysymys oikeudellisesta teemasta todistelun kohteena voidaan jakaa ainakin kolmeen osaan. Ensinnäkin todistusteemana voidaan tarkastella ulkomaisen lain sisältöä, jos tilanne edellyttää ulkomaan lain soveltamista. Toiseksi todistelu voi kohdistua siihen, mitä kotimaista oikeussääntöä on jutussa tai sen tietyssä tilanteessa sovellettava ja minkä sisältöisenä. Todistelun kohteeksi voi päätyä myös kotimaisen normin voimassaolo. Säännön tai normin ei välttämättä tarvitse olla lausuttu eduskuntalaissa. Kolmanneksi voidaan tarkastella todistusteemana oikeudellista termiä, joko yleisesti sellaisenaan (mitä termi tarkoittaa) tai erityisesti osana tunnusmerkistöä tai muita kokoonpantuja seikkoja tai seikastoja, eli osana kokoonpantujen oikeustositseikkojen lisäksi kokoonpantuja todistus- tai aputositseikkoja. ”Oikeudellisuus” voi tällöin ilmetä sisällön antamisessa esimerkiksi adjektiiville.

²³⁶ Ho 2008, s. 2: *ex facto oritur ius t. per factum cognoscitur ius*, oikeus johdetaan faktoista t. faktan avulla tunnistamme (tai tiedämme) lain/oikeuden. Alaviitteessä 4 Ho huomauttaa seurauksena olevan, että jokaisesta riitaa koskeva oikeudenkäynti perustuu siihen, minkä uskotaan olevan jutun tosiseikasto tai mikä otetaan sellaiseksi.

²³⁷ Liikennerikosjutussa voidaan katsoa, että se, että osapuolen näytetään ”kovin faktoin” eli reaali maailmassa toimineen liikennesääntöjen ilmaisevan, yksinkertaisesti kuvatun toimintanormin mukaisesti, merkitsee samalla huolimattomuuden puuttumista, eikä huolellisuuskysymystä oteta erikseen tarkemman pohdinnan kohteeksi. Jos toinen osapuoli oli pysäyttänyt ajoneuvonsa yhteenajon uhatessa, tämä riittää osoittamaan hänen tuossa tilanteessa menettellessään säännöksessä edellytetyllä huolellisuudella – ellei tapahtumassa sitten ole erityispiirteitä, jota antavat aihetta arvioida sitä toisin.

Ehkä hankalin kysymyksenasettelu on viimeksi mainittu, koska edellä sivuttu vaikea kysymys oikeus- ja tosiseikkakysymyksen erottelusta liittyy siihen. Sitä on analysoitu myös oikeuskirjallisuudessa laajalti. Käsittelen sitä ensimmäisenä. Kaksi ensin mainittua tilannetta ovat siihen verrattuina suhteellisen selväpiirteisiä, koska varsinaista erotteluongelmaa ei synny.

3.3.3.2 Tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottamisen tarpeesta

3.3.3.2.1 Johdantoa

Otan esimerkiksi työsopimuslain 7:1:ssä työsopimuksen päättämiseksi yksilöllisellä perusteella asetetun edellytyksen '*asiallinen ja painava syy*'. Luvun 2 §:ssä on mainittu seikkoja, joita voidaan pitää sellaisena syynä, ja seikkoja, joita ei "ainakaan" voida pitää sellaisina. Nämä antavat ohjausta sen arvioimisessa, mikä on tässä asiayhteydessä adjektiivien *asiallinen* ja *painava* sisältö, mutta eivät poista tarvetta todistaa, onko syy esillä olevassa jutussa ollut *asiallinen* ja *painava*. Kysymys on tässä pelkästään näistä adjektiiveista; "syy" tarkoittaa todistelun kohteena eri kysymystä eli kausaaliyhteyttä ilmoitetun (tai siitä poikkeavaksi myöhemmin todistetun tosiasiallisen) syyn yhteyttä irtisanomiseen. *Asiallinen* ja *painava* ovat tavallisia adjektiiveja, mutta oikeudellisuus tulee siitä, että niiden tarkoittamien ominaisuuksien puuttuminen merkitsee oikeudenvastaisuutta. Uskaltanee sanoa, että irtisanomisriidassa ultima probandum on juuri se, onko syy *asiallinen* ja *painava*.

Skeptikko kysyy kuitenkin, miksi tosiasia- ja oikeuskysymyksen erottelu olisi tärkeää. Sama tuomari tai kollegion kokoonpano päättää kaikista kysymyksistä ja samat aivot ratkaisevat tosiseikat – kovat ja arvioitavat – ja loput oikeuskysymykset?

Tosiasia- ja oikeuskysymysten erottelulla on päätöksentekomallin kuvaamisen lisäksi merkittäviä konkreettisia sovelluksia. Erottelua käytetään monissa oikeusjärjestelmissä muutoksenhakumahdollisuuksien rajoittamiseen ainakin ylimpään oikeusasteeseen siten, että muutoksen hakeminen on pääsääntöisesti mahdollinen vain oikeuskysymyksiin. Näin on asianlaita revisiotyyppisessä muutoksenhaussa, esimerkiksi Saksassa.²³⁸ Toisena erottelun ilmenemismuotona on mainittu common law'n mukainen tehtävien jako juryn ja ammattituomarin välillä: tosiseikkakysymykset ratkaisee jury, oikeuskysymykset tuomari. On aiheellisesti kuitenkin huomautettu, ettei tämäkään jako ole mitenkään tarkkarajainen.²³⁹ Toisaalta erottelu saattaa vaikuttaa common law'n piirissä tavallaan kahteen kertaan, koska muutoksenhaku juryn ratkaisuihin on sekin vain rajoitettusti mahdollista, jos lainkaan. Tuskin on sattumaa, että vain oikeuskysymyksiin

²³⁸ Jauernig 2003, s. 305 – 309 (ZPO § 543 II); ks. myös StPO § 337 I.

²³⁹ Bolding 1951, s. 33 – 34.

rajoittuvan muutoksenhakujärjestelmän maissa on myös oikeuskirjallisuudessa pantu paljon huomiota kysymysten erotteluun ja sen mahdollisuuteen.²⁴⁰

Myös meillä on esitetty, että KKO myöntää säästeliäämmin valituslupia silloin, kun kysymys on näyttökysymyksistä, vaikka meillä ei mitään legaalisia rajoituksia olekaan. Tällaisen väitteen tutkiminen on vaikeata, koska tilanteet, joihin ei liittyisi myös jonkinlainen oikeudellinen ongelma, ovat harvinaisia. Joka tapauksessa ei ole vaikea havaita, että todisteluun liittyviä prejudikaatteja on viime vuosina annettu lukuisia. Useimmiten niihin on liittynyt myös suullisen käsittelyn toimittaminen KKO:ssa.

Erottelun merkitystä ei voida väheksyä: niissä maissa, joissa erottelulla on huomattava, oikeusseuraamuksiin tai menettelyihin liittyvä vaikutus, on syntynyt melkoinen kokoelma rajatapauksia, ja teknisluonteisen portinvartijan rooli työllistää instansseja pääasiakysymysten lisäksi. Muodolliseen kriteeriin perustuvalta näyttävää karsintaa on meilläkin ollut aikanaan toisessa yhteydessä, nimittäin ennen vuotta 1980 muutoksenhakuluvan määräytyessä osittain intressin markkamääräisen suuruuden perusteella. Vastaavanlaista erottelua tuskin kaivataan tänä päivänä, vaikka kriteeri olisi toinen eli oikeus- ja tosiasiakysymyksen välinen rajalinja.²⁴¹

Toisaalta skeptikko voi olla hiukan oikeassakin. Jos on olemassa jonkin veran vapautta ja uusi käsite, kuten todistusteema, juristeilla on taipumusta laatia ”käyttösäännöt” sinnekin, missä vapaus muutoin vallitsisi. Nähdäkseni juuri todistusteemojen kohdalla on oikeuskirjallisuudessa ollut melkoisesti vaivanäköä ja päädytty ”normeihin”, joille käytäntö pragmaattisuudessaan ei aina ole antanut välttämättä painoarvoa. Käytännölle on ollut tärkeintä saada prosessi sujumaan. Totuuden selville saaminen on tärkeä tavoite, eikä se aina onnistu eikä ainakaan silloin, jos kompastutaan itse rakennettuihin tarpeettomiin esteisiin. Tietyt esteet todistelumenettelyssä ovat kyllä tarpeen, jos taustalla ovat materiaaliset syyt, kuten eettiset tai ihmisoikeusnäkökulmat.

3.3.3.2.2 Oikeuskirjallisuudesta

Bolding 1951 käsittelee oikeus- ja tosiasiakysymyksen erottelua samassa yhteydessä kun hän pohtii sitä, voiko todistustaakkanormi kohdistua oikeuskysymykseen. Hän kysyy myös, onko erottelu lainkaan tarpeen. Hänen esityksensä

²⁴⁰ Lindell 1987, s. 371 esittää katsauksen pohjoismaisen tutkimuksen historiaan, joka ei vaikuta erityisen laajalta.

²⁴¹ Vrt. melko tuoreisiin ajatuksiin siitä, että muutoksenhauille käräjäoikeudesta hovioikeuteen tulisi säätää (laadullisia) rajoituksia, joista eräs olisi se, että näyttökysymyksiin ei pääsääntöisesti saisi hakea muutosta. Näitä pohdintoja selostavat esim. Laukkanen – Liljenfeldt 1999, s. 662 – 667; kirjoittajat suhtautuivat mainittuun rajoituskriteeriin kielteisesti. – Ehdotuksia muutoksenhaun rajoittamisesta oli tehty sen vuoksi, että hovioikeusmenettelyn uudistuttua pääkäsitteiden määrän hovioikeuksissa oli joillakin tahoilla koettu nousseen liikaa.

eräänlaisena agendana on osoittaa erottelun vaikeutta ja sitä, että tämä vaikeus voitetaan soveltamalla övervikt-periaatetta. Se tekee erottelun tarpeettomaksi.²⁴²

Bolding arvelee, että oikeuskysymyksellä yleensä tarkoitetaan ”oikeuslähdeongelmaa”. Aina ei ehkä kuitenkaan ole pidetty selvästi mielessä, että ongelmalla on tämä sisältö. Epäilemättä olisi myös asiaankuulumatonta nimittää tosiasiakysymykseksi kysymystä kaikkien oikeudenkäynnissä mahdollisesti relevanttien tosiseikkojen tyyppien vahvistamisesta. Boldingin mukaan soveliainta on nimittää tosiasiakysymykseksi kysymystä joidenkin tosiseikkojen vahvistamisesta ja oikeuskysymykseksi kysymystä joidenkin toisten tosiseikkojen toteamisesta. Näiden ryhmien määrittely vaikuttaa Boldingista lähes mahdottomalta tehtävältä, mutta eräitä suuntalinjoja pääpiirteittäiseen rajanvetoon voidaan tehdä. Kysymys on siitä, voidaanko nämä suuntaviivat saada riittävän selviksi, jotta käytännössä olisi mahdollista soveltaa Rosenbergin ja Eckhoffin kannattamaa metodia, että todistustaakkasäännöillä olisi merkitystä vain tosiseikkakysymyksen puitteissa. Bolding päätyy pohtimaan niitä perusteita, joilla voidaan erotella tietyt tosiseikat tosiasiakysymyksen ja tietyt oikeuskysymyksen kategoriaan. Voidaanko soveltaa johdonmukaisesti metodia, että todistustaakkasääntöjä sovelletaan vain tosiseikkakysymykseksi luokiteltaviin tosiseikkoihin?²⁴³

Bolding tiivistää, että on olemassa kahdenlaisia tosiseikkakysymyksiä, konkreettisia faktoja koskevia ja oikeuskysymyksiä koskevia. Sekä tosiasia- että oikeuskysymyksessä on kysymys tosiseikkojen vahvistamisesta. – Ongelma on hänen mukaansa mukaan siinä, voidaanko selvästi ilmoittaa, millä perusteilla jako tehdään. Rajavedon ongelma jää Boldingin mukaan helposti varjoon. Se ei yleensä esiinny eikä voikaan esiintyä lakitekstissä tai lakitekstin ohella sovellettavissa säännöissä. Lakitekstissä ilmaistaan oikeustositseikat usein siten, ettei voida päästä vaikeuksista selvyyteen siitä, mitä konkreettisia tosiseikkoja tarkoitetaan – esimerkiksi huolimattomuus, vilpitiön

242 Bolding 1951, s. 33 – 54. Erottelun käytännöllinen vaikeus lienee notorinen tosiseikka; ks. esimerkiksi Lindellin 1987, s. 371 tiivistystä vanhemmasta tieteisopista. Näin myös Laukkanen – Liljenfeldt 1999, s. 662. – Lindell 1987, s. 371 alaviite 33, kiistää Boldingin väitteen erottelun tarpeettomaksi käymisestä övervikt-periaatetta sovellettaessa: ”Urvalet av relevantta fakta är ju en rättsfråga.” – Boldingin kanta övervikt-periaatteella olevasta pelastavasta vaikutuksesta ei ehkä pidä ainakaan täysin paikkansa, mutta toisaalta Lindellin argumentissa voi piillä ongelma: relevanttien faktojen valinnan *määrittelemisestä* oikeuskysymykseksi seuraisi, että olisi tehtävä ero oikeus- ja tosiseikkakysymysten välille. Asia saattaa olla myös niin, että väite valinnan oikeuskysymys-luonteesta ei pidä paikkaansa – muuten kuin oikeustositseikkojen kohdalla, jos siinäkin. Kanteessa voidaan mainita, että viemäriä varten aukko on tehty; tässä ei vielä ole mitään oikeudellista. Vasta toinen väite, että sen teossa on menetelty *virheellisesti* tai huonosti, niin että siitä kosteus on päässyt nousemaan ylös, omaa normatiivista väritystä. Kantaja ei vaadi korvausta aukon rumentavasta vaikutuksesta; vasta ultima probandassa oleva valinta, eli väite virheestä ja korvausvelvollisuudesta kosteuden aiheuttamista vaurioista, omaa oikeudellista väritystä. Lindell viittaa myös esitykseensä teoksensa s. 37, mutta en näe siitä ainakaan tukea hänen näkemykselleen: päin vastoin, faktan ja normin vuorovaikutusta ja niiden pohtimisen ”marssiäjä”-järjestystä” selvittäessään hän päätyy kursivoiden siihen, että on *sama kysymys*, kysytäänkö ”onko käsillä tosiseikkoja, jotka tekevät normin soveltuvaksi?” vai ”Onko normi esillä oleviin faktoihin soveltuva?”

243 Bolding 1951, s. 43 – 48.

mieli (god tro) ja vahinko. Kun todistustaakka liitetään tällaiseen oikeustositseikkaan, voidaan tuskin välttää sellaista muotoilua, että todistustaakkasääntö saa helposti merkitystä myös oikeuskysymykselle. Ongelmista tulee sekamuotoisia – sanotaan esimerkiksi, että huolimattomuus, vilpittömyys tai vahinko on ”näytettävä”. Ei ole kaukana ajatus soveltaa sääntöä siten, että väite huolimattomuudesta hylätään sekä niissä tilanteissa, joissa tapahtumainkulku (esim. suuri nopeus, äänimerkin laiminlyönti) on jäänyt epäselväksi, että niissä tilanteissa, joissa tapahtumainkulku tosin on selvitetty, mutta joissa on epäselvää, voidaanko se subsumoida oikeustositseikan ”huolimattomuus” piiriin. Toisin sanoen: ei ole kaukaa haettua tulkita sääntöä ”huolimattomuus on näytettävä toteen” sillä tavoin, että se edellyttää molemmanlaatuisten tosiseikkojen selvittämistä.²⁴⁴

Lindell 1987 luettelee lähinnä saksalaisen tietoisopin piirissä syntyneitä oppirakennelmia tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottelukriteereistä. Hän tuo ensinnä loogis-käsitteellisen rajanvetokriteerin, joka on voitu ymmärtää eron tekemiseksi toisaalta tosiseikkojen, toisaalta niiden arvioinnin tai niiden oikeudellisen arvioinnin välillä. Jälkimmäisessä erotteluperusteena on eron tekeminen toisaalta luonnollisten käsitteiden, toisaalta oikeuskäsitteiden subsumption välillä.²⁴⁵

Lindell mainitsee lisäksi loogis-käsitteellisen kriteerin torjuvat näkemykset. Tämän katsantokannan piirissä lähdetään siitä, että ilmoitetulla tavalla ei ole mahdollista tehdä rajaa tosiseikka- ja oikeuskysymyksen välille. Ihmisen havaintokyky, tulkinta ja kuvaaminen ei ole passiivista (passiivis-reseptiivistä) vastaanottamista, vaan normatiivista. Kun tuomari valitsee ja kuvaa tapahtumasarjan tosiseikkoja relevantteina tai ei-relevantteina, tapahtuu valinta varmasti oikeudellisista lähtökohdista käsin. Sitä paitsi aistivaikutelmia muokataan ja tapahtumia kuvataan oikeudellisia lähtökohtia vasten. Tällä tavalla tosiseikka- ja oikeuskysymys yhdistyvät erottamattomasti toisiinsa.²⁴⁶

Pohtiessaan sitä, miten pitkälle todistusteemaa olisi redusoitava faktoiksi Lindell toteaa, että redusoinnilla on merkitystä, paitsi tosiseikka- ja oikeuskysymyksen rajanvedolle sen selvittämiseksi, mitä ylin oikeusaste saa tutkia,²⁴⁷ myös väittämistä todistustaakalle. Myös vastapuolen on tiedettävä, mitä vastaan hän puolustautuu. Lindellin mielestä funktionaalisen tarkastelutapaan eli kunkin oikeussäännön

244 Bolding 1951, s. 48 – 49.

245 Lindell 1987, s. 371 – 380. Toisia metodeita eron tekemiseen ovat teleologinen metodi ja saavutusmetodi. Ne liittyvät lähinnä revisiotyyppisen muutoksenhaun luomiin tarpeisiin ja tilanteisiin.

246 Lindell 1987, s. 379.

247 Lindellin hiukan oudon näkökohdan mainitseminen perustuu sekin käsittääkseni (Saksan) revisiotyyppiin muutoksenhakuun.

tarkoituksen ottamiseen erottelukriteeriksi liittyy ongelmia. Tuon tarkastelutavan mukaan kaikenkattavaa rajaa ei voida tehdä, vaan sama kysymys voi toisessa yhteydessä olla oikeuskysymys, toisessa tosiseikkakysymys ja päinvastoin.²⁴⁸ Itse Lindell päätyy siihen, että tulisi olla yhtenäinen erottelutapa. Tällöin voitaisiin joko vaatia, että erottelun täsmällisyyden pitäisi mennä niin pitkälle, että loogis-käsitteellisen kriteerin avulla voitaisiin erottaa tosiasia- ja oikeuskysymys, tai sitten sanoa, että niin tarkkaa analyysia ei käytännössä tarvita, vaan että loogis-käsitteellisen kriteerin tulee olla *suuntaa-antava*, mutta että redusoimisen laajuuden tulee ratkaista kolmen tekijän keskinäinen suhde: väittämistaakan, toiveen saada aikaan kohtalaisesti vahvistettuja todistusteemoja, ja prosessieconomisten näkökohtien.²⁴⁹

Klami – Sorvettula – Hatakka 1991 toteavat seuraavaa: ”Tosiseikka- ja oikeuskysymysten erillään pitäminen on tunnetusti hyvin vaikeaa. Tosiseikkojen relevanssi riippuu oikeusnormeista, ja oikeuskieli on siten rakenteeltaan sellaista, että sen käsitteet usein viittaavat tosiseikkoihin, jotka ”tiedostetuiksi” (cognition) tullakseen edellyttävät evaluatiivisia operaatioita ja normatiivista arviointia; lisäksi lain tosiseikat eivät useinkaan ole ”raakoja” (”brute”) tosiseikkoja, vaan pikemminkin tulkintoja inhimillisestä, institutionaalisesta todellisuudesta. Tämä edellyttää, että konteksti otetaan huomioon. Voidaan tosiaan kysyä, miten voidaan näyttää toteen totuudellisuus tai todennäköisyyden aste sellaisten tosiseikkojen kohdalla kuin hyvä usko, lapsen etu, laiminlyönti, paha tarkoitus ja niin edelleen. Standardivastaus on, että vaikka voi olla käytännössä vaikeata, jopa mahdotonta, pitää erillään tosiseikat ja ne normatiiviset/evaluatiiviset operaatiot, jotka tarvitaan niiden arvioimiseksi juridisessa mielessä, pitäisi ainakin yrittää. Tämä merkitsee eräänlaista heuristista reduktionismia: ensimmäinen tehtävä on arvioida todennäköisyyden aste (enemmän tai vähemmän) raaoille tosiseikoille – mikä ehkä päättyy riittävään varmuuteen, ehkä ei. Toinen tehtävä on näiden tosiseikkojen tai fakta-oletusten arviointi lain edellyttämien evaluatiivisten tai normatiivisten kriteereiden avulla.”²⁵⁰ – Kirjoittajien näkemys ja teesi kuitenkin on, että tällainen reduktionismi on, sen lisäksi että se on käytännössä liian vaikeata, myös epäviisasta heuristisena mallina sen vuoksi, että

248 Lindell 1987, s. 381 – 382. Hän esittää s. 382 – 383 kaksi esimerkkiä vaikeuksista. Jos tiivistän esimerkit oikein, toinen niistä liittyy seikkojen eri funktioiden (kuten väittämis- tai todistustaakka) erilaisen täsmällisyysasteen ongelmiin, toinen tilanteeseen, jossa halutaan nostaa kanne uudella perusteella jo kerran ratkaistussa jutussa.

249 Lindell 1987, s. 383. Kursivointi (”vägledande”) Lindellin. Hän katsoo, että loogis-käsitteellisestä kriteeristä on kuitenkin seurauksena, että oikeussäntöä vasten täsmennettäviä seikkoja pidettäisiin oikeustosiseikkoina. Haittana tästä olisi erityisesti laajemmissa jutuissa huomioon otettavien tosiseikkojen paljous, ja kun väittämis- ja todistustaakkaa sovellettaisiin jokaiseen, lainkäytöstä tulisi monimutkaista. *Sitä paitsi itsenäiset tosiseikat kumuloitaisiin todennäköisyyttä arvioitaessa, jolloin näyttökynnykseen yltäminen kävisi vaikeaksi.* Lindell kysyy, eikö tapahtumasarjan tosiseikkoja ainakin tietyissä tapauksissa tulisi pitää todistustosiseikkoina, ennen kaikkea kumulaatiovaikutuksen haitallisten seuraamusten välttämiseksi. Tämän ei välttämättä tarvitsisi sulkea pois mahdollisuutta, että *samoja tosiseikkoja pidettäisiin oikeustosiseikkoina väittämistaakan kannalta.* (Kursivoinnit tässä JR.)

250 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 78 – 79.

varmuus ja relevanssi ovat kietoutuneet toinen toisiinsa (intertwinement) justifi-
kaation tasolla. Tätä kantaa käsittelen varsinaisesti sen kysymyksen kohdalla, onko
tosiseikka- ja oikeuskysymyksen erottelu ylipäättään tarpeellista.²⁵¹

Leppänen 1998 on käsitellyt erottelemista laajasti. Hänellä se on liittynyt aiheen
mukaisesti lähinnä todistelun valmisteluun ja todisteiden teemoittamiseen, mutta
myös vuorovaikutukselliseen täsmentymiseen oikeudenkäynnin aikana. Hän on pää-
tynyt siihen, että em. kysymyksiä ei ”usein voida” päätösharkinnassa erottaa toisistaan,
ei varsinkaan jos erottelulle pyritään antamaan deskriptiivinen tai heuristinen
sisältö.²⁵² Kuten jo todistusteemoja koskevassa esityksessä kävi ilmi, Leppänen on
katsonut syllogistisen päätöksenteon kuvauksen olevan ilmeisen riittämätön, koska
se edellyttäisi tuomioistuimen ratkaisevan kaikkien relevanttien tosiseikkojen
olemassaolon ennen niiden oikeudellisen merkityksen arviointia. Tämä on hänen
mukaansa mahdotonta jo siitä syystä, että näytön arviointi on myös todistustaakka-
ja näyttövaatimusnormien ohjaamaa; nämä normit puolestaan määräytyvät osittain
sen mukaan, mitkä materiaaliset normit tapaukseen soveltuvat. Hän kysyy, voiko
tuomari pääkäsittelyn jälkeen käytännön päätösharkinnassa aina erottaa toisistaan
tosiseikka- ja oikeuskysymyksen, kun molemmat ovat epävarmoja, ja vastaa, että se on
mahdollista vain, jos ”sovellettavan materiaallisen oikeusnormin abstrakti rekvisiitti
voidaan *jäännöksettömästi redusoida* yksittäistapauksessa empiiris-loogisesti veri-
fioitaviksi, konkreettisiksi todistusteemoiksi. Redusointi pitää sisällään oikeuskysy-
myksen, tosiseikkojen olemassaolon vahvistaminen taas tosiseikkakysymyksen. Jos
konkreettisten todistusteemojen jäännöksetön täsmentäminen ei ole mahdollista, to-
siseikka- ja oikeuskysymykset kietoutuvat erottamattomasti toisiinsa, hän toteaa.²⁵³

Leppänen katsoo, että tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottaminen on ongel-
mallista ainakin kahden tyyppisissä tilanteissa:²⁵⁴

a) avointen normatiivisten (arvostuksenvaraisten) rekvisiittojen täsmentäminen
konkreettisiksi tosiseikoiksi saattaa olla vaikeaa. ”Esimerkiksi oikeustoimen peräyt-
täminen yleisen takaisinsaantiperusteen nojalla edellyttää, että sopijapuoli ’tiesi tai
hänen olisi pitänyt tietää’ eräistä säännöksessä luetelluista seikoista (TakSL 5.1 §).
Oletetaan, että sopijapuolena on ollut velallisen ns. läheinen (3 §), jolloin sopijapuolen
’katsotaan tienneen --- seikoista, jollei saateta todennäköiseksi, ettei hän tiennyt

251 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 79.

252 Leppänen 1998, s. 132. Hän katsoo, että syllogismimallilla on kuitenkin justifikatorista merkitystä esimerkiksi
perusteluissa. Leppäsen mukaan ”erottelu voidaan kiperissä tapauksissa nähdä pikemminkin perusteluky-
symyksenä: se, voidaanko rajanveto loppuun saakka tehdä kaikissa tapauksissa, on lopultakin vähemmän
tärkeää kuin se, onko tuomio hyväksyttävästi perusteltu sekä tosiseikka- että oikeuskysymyksen osalta.”

253 Leppänen 1998, s. 130. (Kursivointi Leppäsen). Ks. myös Virolainen 1999, s. 132.

254 Leppänen 1998, s.130. (Kursivointi Leppäsen.)

eikä hänen olisi pitänytkaan tietää niistä (5.2 §). Miten sopijapuoli voi saattaa todennäköiseksi, ettei hänen olisi pitänytkaan tietää jotakin”, Leppänen kysyy. ”Sitä, minkä joku tietyllä hetkellä faktisesti tiesi, voidaan pitää empiirisenä tosiseikkana, vaikkakaan sitä ei voida juuri suoraan näyttää toteen. Sen sijaan se, mitä jonkun ”olisi pitänyt” tietää, on selvästi arvostuksen varainen käsite: emme voi verifioida pelkästään empiirisesti, mitä jonkun olisi pitänyt tietää, emmekä puhua sen todennäköisyydestä.” – ”Jotta tosiseikka- ja oikeuskysymyksen ero voitaisiin säilyttää, tämä normatiivinen rekvisiitta on tulkinnallisesti täsmennettävä empiirisiksi tosiseikoiksi, joiden vallitessa rekvisiitan katsotaan oikeudellisesti täyttyvän, ja sopijapuolen näytön on kohdistuttava näihin tosiseikkoihin, siis tehtävä todennäköisiksi ne empiiriset tosiseikat, joiden katsotaan oikeudellisesti konstituivan sen, että ”sopijapuolen ei olisi pitänytkaan tietää”. Mitkä ovat kaikki ne mahdolliset todistusteemat, jotka täyttäisivät rekvisiitan ja joihin todistelu siis voisi kohdistua? Jos empiirisiä todistusteemoja ei voida jännöksettömästi vahvistaa, tosiseikka- ja oikeuskysymyksiä ei voida erottaa toisistaan, vaan ne kietoutuvat toisiinsa.”²⁵⁵

b) institutionaaliset tosiseikat (”kompleksiset oikeustosiseikat”), jotka ovat olemassa vain oikeusjärjestyksen kontekstissa (tässä mielessä Popperin maailmassa 3) ja joita ei näin ollen voida verifioida pelkästään empiiris-logisesti. Leppänen katsoo, että sopimus on tyypillinen institutionaalinen tosiseikka, jonka olemassaoloa ei voida verifioida pelkästään empiirisesti. Jos toinen asianosainen väittää toisen sitoutuneen johonkin esimerkiksi konkludenttisesti, ”on hankalaa sanoa tyhjentävästi”, mitkä ovat ne kaikki mahdolliset todistusteemana olevat empiiriset tosiseikat, jotka oikeudellisesti konstituoisivat hiljaisen sitoutumisen, Leppänen lausuu.²⁵⁶

Leppänen toteaa vielä seuraavaa. ”Yksi keskeinen ero oikeus- ja tosiseikkakysymysten ratkaisemista koskevien vallitsevien teorioiden välillä on juuri se, että edellinen painottaa ratkaisun justifikaatioita, jälkimmäinen taas heuristiikkaa. Pelkistetysti ilmaisten tosiseikkakysymyksessä pyritään löytämään empiiris-logisen todistusharkinnan avulla tietyn deskriptiivisen tosiasioväitteen todennäköisyys; tämän toiminnan tueksi on kehitetty erilaisia heuristisia todistusharkintamalleja. Oikeuskysymyksessä taas pyritään oikeuttamaan yksittäistapauksessa ratkaisu, joka olisi rationaalisen auditorion hyväksyttävissä (Aarnio ym.). Voidaan kuitenkin kysyä, onko näin selvään eroon riittäviä syitä, vaikka kysymysten ontologiset ja epistemologiset erot ovat todellisia: eikö käytännön päätösharkintaa varten voitaisi kehittää

²⁵⁵ Leppänen 1998, s. 131. Leppänen viittaa vahingonkorvausoikeudelliseen tuottamukseen ja toteaa sen konkreettiset ja normatiiviset elementit. Hän toteaa, että tuottamusarvostelussa näyttö- ja oikeuskysymykset kietoutuvat toisiinsa. Alaviitteessä 34 s. 131 Leppänen lausuu, että tahallisuuden vahvistaminen sen sijaan ”lienee periaatteessa empiirinen kysymys: todistusteemana tekijän psykologiset prosessit (’maailma 2’), mitä tekijä tiesi/tahtoi.” Näyttöongelmat erityisesti dolus eventualiksessa ovat hänen mukaansa kuitenkin johtaneet siihen, että mukaan on otettu normatiivinen premissi: mitä tekijän ”piti tietää”.

²⁵⁶ Leppänen 1998, s. 131 – 132. Kursivointi Leppäsen.

yhtenäisempää mallia? Esimerkiksi näytön arviointia koskevia malleja voitaisiin kehittää justifikatoriseen suuntaan eli kiinnittää vielä enemmän huomiota näyttöratkaisun perustelemiseen. Klami tutkimusryhmineen on puolestaan kehitellyt mallia, jossa faktaepävarmuus vaikuttaa juridisen argumentin painoarvoon oikeudellisessa harkinnassa.²⁵⁷

Leppänen tiivistää pohdintansa kahdeksi teesiksi: vuorovaikutusteesi ja erottamattomuusteesi (oikeus- ja tosiasiakysymyksiä ei voida usein päätösharkinnassa erottaa toisistaan). Vuorovaikutusteesi on päätösharkintaa selvemmin voimassa oikeudenkäynnin aikana. Erottamattomuusteesin kohdalla Leppänen tarkastelee oikeustositseikkoja. Hän siteeraa ensin vallitsevat väitteet ja sitten toteaa, ettei ole teoreettisesti välttämätöntä, että todistusteemaa koskeva ilmoitus tarkoittaisi aina konkreettista, empiiris-logisesti verifioitavissa olevaa 'puhdasta' tosiseikkaa. Ilmoitettuna teemana voi olla myös normatiivisesti väritynyt tosiseikasto - jolloin "vasta todistusharkinta kohdistuu konkreettisiin tosiseikkoihin".²⁵⁸

Anne Robberstad haluaa pitää oikeudellisen käsitteen ja tosiseikan selkeästi erillään. Hän perustelee tätä ensinnäkin rikosjuttuja koskevalla HR-muutoksenhakurajoituksella²⁵⁹, myös näkemyksellä, että näyttösäännöt koskevat vain faktoja: "bevisreglene gjelder faktum". Hän myöntää kyllä, että TvL:ssa ei ole todistustaakka- eikä näyttökynnyssääntöjä ja että eräiden näkemysten mukaan rikosasioissa todistustaakkasäännön tulee koskea myös oikeuskysymystä eli että rikoslakia on tulkittava ja sovellettava syytetyn eduksi, "men dette er ikke den herskende oppfatning i strafferettslitteraturen i dag".²⁶⁰

3.3.3.2.3 Oma arviointia

Sopimuksesta ja sen sisällöstä näytön kohteena olen hiukan eri mieltä kuin Leppänen. Jos sopimus on tehty kirjallisesti, kuten kai useimmiten vähänkin merkittävät sopimukset tehdään, näyttäminen on lähtökohtaisesti yksinkertaista asiakirjanäyttöä. Tahtojen yhtenevyys on sopimus ja tahdot voidaan verifioida. Kysymys käräjille joutumisesta lienee siitä, että jompikumpi osapuoli väittää sovituksen, avoimesti tai konkludenttisesti, muuta tai enemmän kuin sopimuksessa

²⁵⁷ Leppänen 1998, s. 132. – Klami 1992, s. 577: "Argumentin painoarvo riippuu myös varmuuden asteesta. Mitä heikompi todistusarvo, sitä heikommalla painolla näyttö puhuu pitämisargumentin puolesta". – Klami 1995, s. 1074 – 1080 esittelee erilaisia päätösteoreettisia malleja, kuten Bayesin teoreemaa (s. 1075), ja Analytic Hierarchy Process -teoriaa (s. 1078) ja niiden soveltuvuutta muun muassa näyttökysymysten arvioimiseen. Esitys päättyy kuitenkin s. 1081 alakuloiseen toteamukseen *iudex non calculat*, tuomari ei laske.

²⁵⁸ Leppänen 1998, s. 133 – 135. Todistusteemaa koskevaa Leppäsen funktionaalista mallia olen käsitellyt edellä vuorovaikutusmallin yhteydessä.

²⁵⁹ Strpl 306 §:n mukaan Høyesterettissä ei voida hakea muutosta syyllisyyskysymystä koskevaan todistusharkinnan virheellisyteen vedoten.

²⁶⁰ Robberstad 2013, mainitsee s. 346 forskningsetikkloven 10.4 §:n (det kreves klar sannsynlighetsovevekt for å legge til grunn at innklagede har opptrådt uredelig", sekä muun muassa TvL 13 -3.3:n, joka koskee todistelu oikeuskysymyksestä.

lukee, tai sitten riitaa on sopimuksessa käytetyn termin sisällöstä – osapuolilla on ollut siitä eriävät käsitykset, joiden pohjalta he ovat toimineet. Riita voi olla vaikea ja näyttö vastakkaista, mutta tämä ei ole poikkeuksellista. Todistusteemoina olevat empiiriset tai arvostuksenvaraiset tosiseikat voivat olla hyvinkin in casu -laatuisia, mutta en havaitse, että niiden määrittelyyn välttämättä liittyisi silloinkaan erityistä vaikeutta. Jos ja kun riitakysymyksistä on henkilönäyttöä, esimerkiksi neuvotteluista ja aiemmasta käytännöstä, tuomioistuin joutuu analysoimaan sen parhaansa mukaan ja päättämään ratkaisuun. Tuo näyttö voi hyvinkin olla ”empiiris-logista”.

3.3.4 Normatiiviset seikat suoraan näytön kohteina

3.3.4.1 Johdantoa

Eräissä tilanteissa tuomioistuimessa selvitetään nimenomaisia normatiivisia ongelmia. Seuraavassa erottelen ulkomaan normin näytön kohteena yleisessä prosessissa ja erityistilanteena luovutusprosessissa, kotimaan normeista työehtosopimukset ja Rakennusurakan yleiset sopimusehdot, sekä uuden OK 17 luvun myötä tulleen oikeudellisen asiantuntijan virallistetun kuulemisen kotimaan lain sisällöstä.

Bolding käy kyllä läpi myös oikeuskysymyksinä lain ja sääntöjen voima-saolakysymykset ja ulkomaisen lain sisällön näyttämisen ja lisää tähän myös kauppatavan. Hän katsoo, että voidaan täysin järkevässä (rimlig) merkityksessä puhua ”todistelusta” silloinkin, kun kysymys on tosiseikkojen ”oikeudellisesta arvioinnista”.²⁶¹

Käsittäakseni lähtökohtana voi yleisesti sanoa kaikista näistä tilanteista, että niiden yhteydessä voidaan hyvin puhua todistamisesta.

3.3.4.2 Ulkomaan normi näytön kohteena

Lähtökohta normien tuntemisessa ja valinnassa on ollut tapana ilmaista fraa-silla iura novit curia. Tämä on pääperiaatteena kirjattu myös useiden valtioiden lainsäädäntöön. Tavallista on, että nimenomainen poikkeus on tehty sen tilan-teen varalta, että tuomioistuimen olisi sovellettava ulkomaista lainsäädäntöä.²⁶²

261 Bolding 1951, s. 43 – 46. Hän toteaa siitä seuraavan, ettei pidä a priori torjua ajatusta, että todistustaakka-sääntöjä voitaisiin soveltaa sellaisten arviointikysymysten osalta.

262 Ruotsin osalta Bolding 1951, s. 43 – 48 toteaa, että on tosiasiakysymys, onko tietty normi annettu lakina ei-kä sitä ole kumottu, onko tietynsisältöinen tuomio annettu ja onko tietty kannanotto esitetty oikeustietees-sä. Pohtiessaan todistustaakkasääntöjen soveltamista tällaisiin kysymyksiin Bolding turvautuu säädännäi-seen oikeuteen. Näyttö (Ruotsin) laista ei ole RB 35:2:n mukaan tarpeen, sen paremmin kuin OK 17:4.1:n mukaan meilläkään – vrt. kuitenkin viimeksi mainitussa lainkohdassa olevaa, jäljempänä käsiteltävää sel-vityksen antamista siitä, ”miten lakia olisi sovellettava”. Kuten Bolding huomauttaa, kaikkia mahdollisesti merkityksellisiä oikeustapauksia tuomari ei kuitenkaan voi tuntea. Kärjistettynä ongelma esiintyy kuitenkin ulkomaan lain ollessa kysymyksessä.

Näissä tilanteissa lainsäätäjä on voinut asettaa asianosaiselle näyttövelvollisuuden ulkomaan lain sisällöstä, ellei se itse tunne sitä.²⁶³ Sen varalta, ettei näyttämisessä onnistuta, on OK 17:4.3:ssa annettu menettelyohjeeksi kotimaan lain soveltaminen.

Uutena normina verrattuna vuoden 1948 OK 17:3:n sisältöön siinä kuitenkin määrätään, ettei selvityksen puuttuminen saa koitua rikosasian vastaajan vahingoksi.²⁶⁴

Ruotsin RB 35:2:ssa ei ole suomalaista säännöstä vastaavaa ”varaventiiliä” siitä, mitä tapahtuu, jos (riittävää) selvitystä vieraan valtion laista ei saada. Sen, että kehoitus jää tuloksettomaksi, ei tarvitse kuitenkaan välttämättä merkitä negatiivista todisteluratkaisua eli kanteen hylkäämistä.²⁶⁵

Tavanomainen todistustaakkaan kompastumisen seuraus eli hylkääminen näyttämättömänä on siis meillä jo säädöstasolla suljettu vanhastaan pois. Kun kysymys on laista eikä alemman tason oikeuslähteistä, sen voisikin sanoa merkitsevän jonkinlaista non possumus -vastausta kanteeseen.²⁶⁶ Vierasta lakia koskevaa todistelua koskee kyllä näyttökynnys.²⁶⁷

263 Suomessa OK 17:4.2 ja 3: ”Jos asiassa olisi sovellettava vieraan valtion lakia eikä tuomioistuimien tunne sen sisältöä, tuomioistuimen tulee kehottaa asianosaista esittämään siitä selvitystä. Tuomioistuimen velvollisuudesta hankkia viran puolesta selvitystä vieraan valtion lain sisällöstä säädetään erikseen. Suomen lakia sovelletaan, jos vieraan valtion lain sisällöstä ei ole selvitystä. Selvityksen puuttuminen ei kuitenkaan saa koitua rikosasian vastaajan vahingoksi.” Säännös on pääperiaatteeltaan samanlainen kuin vuoden 1948 OK 17:3, viimeistä lausetta lukuun ottamatta. – Ruotsissa RB 35:2:2:ssa säädetään: ”Ej heller erfordras bevis om vad lag stadgar. Skall främmande lag lända till efterrättelse och är ej dess innehåll för rätten känt, äge dock rätten anmana part att förebringa bevisning därom.” Norjassa TvL 11 luvun 3 §:n viimeisen lauseen mukaan ”dersom rettsanvendelsen ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte, kan retten bestemme at det skal føres bevis om rettspørsmål, eller tillate partene å føre slike bevis. Retten bestemmer omfanget av bevisføringen og hvordan den skal gjennomføres. Juridiske utredninger foranlediget av saken kan bare legges fram som bevis med samtykke fra alle parter.”

264 Normin tarkoitus on suojata vastaajaa RL 1:11:n tarkoittamissa tilanteissa, joissa Suomen lain soveltaminen edellyttää kaksoisrangaistavuutta eli sitä, että ulkomailla tehty teko on myös tekopaikan lain mukaan rangaistava ja että siitä olisi voitu tuomita rangaistus tuon maan tuomioistuimessa. Toisin sanoen, jos selvitystä ei saada ja RL 1:11 edellyttää kaksoisrangaistavuutta, rangaistusta ei saa tuomita Suomenkaan lain mukaan. Ks. Todistelutoimikunta 69/2012, s. 78.

265 Bolding 1951, s. 44 – 45 ja alaviite 30 s. 45. Gärden ym., 1949 s. 478, mukaan kehoitus on ”luonteeltaan enemmänkin varoitus asianosaisille siitä, että vierasta lakia on sovellettava, kuin todisteluratkaisu.

266 Poikkeukseton tämäkään sääntö ei ole, sillä esimerkiksi erityislaatuissa prosessilajissa, rikoksentehtäjän luovuttamista koskevassa menettelyssä luovutusta ulkomaille pyytävän viranomaisen on eräänä luovuttamisen edellytyksenä esitettävä asianmukainen tieto, paitsi rikoksen laadusta, tekoajasta ja -paikasta, myös luovutusta pyytävän valtion rikosoikeudellisesta lainsäädännöstä rikokseen sovellettavien rangaistussäännösten osalta; ks. esimerkiksi Laki 456/1970 13.2 §. Päämääränä tässä on oman ja luovutusta pyytävän valtion lain vertaaminen. Luovutuspyynnön ratkaisee oikeusministeriö, mutta jos luovutettavaksi pyydetty vastustaa pyyntöä, ministeriön on pyydyttävä KKO:n lausunto, ja jos tämä on epäävä, henkilöä ei luovuteta.

267 Ennakkopäätöksessä KKO 1999:98 oli kysymys muun ohella siitä, minkälainen näyttö vieraan valtion laista on riittävä. HO oli katsonut, että kahden pankkitoimihenkilön laatimat yksityisluontoiset selvitykset eivät riittäneet. KKO katsoi, että vaadittavan selvityksen laatu saattaa vaihdella sen mukaan, millaisesta asiasta on kysymys. ”On tilanteita, joissa ratkaisua ei voida tehdä, ellei vieraan valtion lain asianomaisen säännöksen tarkka sanamuoto ole tiedossa. Joissain tapauksissa taas riittää, että tiedetään ne pääperiaatteet, joiden mukaan määrätty oikeuskysymys on asianomaisen maan oikeusjärjestyksessä säännelty. Konkurssipesän esittämästä selvityksestä käy ilmi, että Espanjan lain mukaan sellaista huoneistoa, josta nyt on kysymys, pidetään kiinteänä omaisuutena ja että kiinteän omaisuuden tehokas panttaaminen edellyttää merkintää viranomaisen pitämään rekisteriin. Kun tässä jutussa on riidatonta, että panttauksen rekisteröintiä ei espanjalaisen viranomaisen luona ollut suoritettu, mainittujen Espanjan lain mukaisten yleisten periaatteiden

3.3.4.3 Kotimaan normi näytön kohteena, esimerkiksi TES ja Rakennusurakan yleiset sopimusehdot

Kattaako iura novit curia kotimaan normit? Prima facie vastaus on kaiketi myönteinen.²⁶⁸ Normeja on kuitenkin monentasoisia. Tyypillinen esimerkki siitä, miten kotimaisen normin, oikeastaan normiston, valinta ja sisältö voi olla todistelunkin kohteena, on kysymys sovellettavasta työehtosopimuksesta ja sen tarkasta sisällöstä.²⁶⁹

Ongelma ei ole yksin aineellisoikeudellinen, vaan siihen voidaan törmätä jo tuomioistuinlinjan valinnassa. Työnjako yleisen tuomioistuimen ja työtuomioistuimen välillä määräytyy pääsääntöisesti oikeudenkäynnistä työtuomioistuimessa annetun lain 1 §:n mukaan. Linjan valintaan vaikuttaa se, ovatko osapuolet TES:iin sidottuja; velvoittaako se heitä ja millä perusteella. Se, mistä kanteessa on kysymys, ei ole aina yksinkertaisesti ratkaistavissa. Kun kanne pannaan vireille yleisessä tuomioistuimessa, oikeus joutuu joka tapauksessa tutkimaan toimivaltansa, kuten esimerkiksi sen, onko kantaja ehkä sittenkin työehtosopimukseen sidottu, perustuuko kanne yksin TES:iin vai yleiseen työlainsäädäntöön ja säädetäänkö TES:ssä asiasta yleisestä työlainsäädännöstä poikkeavasti.

Aikaisemmin tuomioistuimen edellytettiin tuntevan yleissitovat työehtosopimukset viran puolesta.²⁷⁰ Tämä perustui vuoden 1970 työsopimuslain 17 §:ssä säädettyyn yleissitovuuteen²⁷¹. Kysymys, oliko TES yleissitova vai ei, eli siis kysymys jutussa sovellettavasta normista, saattoi aikaisemmin tulla yleisessäkin tuomioistuimessa riitatilanteessa normaalin (ja vaikean) todistelun kohteeksi.

saattaminen oikeuden tietoon on ollut riittävää. Näin ollen konkurssipesä on esittänyt Espanjan laista jutun ratkaisemiseksi tarpeellisen selvityksen.”

268 Virolainen 1998, s. 48 pitää iura novit curiaa tuomioistuimen ratkaisuperiaatteena, mutta huomauttaa, että se ei estä asianosaisia ja heidän asianajajiaan vetoamasta tiettyihin säännöksiin ja kiinnittämästä tuomioistuimen huomiota niiden tulkintaan; juuri tästä voi rikosprosessissakin olla riitaa. Virolaisen mukaan iura novit curia tarkoittaa nykyisin sitä, ettei tuomioistuin ole sidottu asianosaisten käsityksiin oikeusnormeista ja niiden tulkinnoista.

269 Ks. esim. TT 1993-8 ja 1993-78, joissa TT katsoi jääneen näyttämättä, että luottamusmiessopimuksen määräys luottamusmiehen työsuhdeturvasta olisi tarkoitettu koskemaan myös liikkeen luovutustilanteita (kursivointi JR).

270 KKO lähti ennakkopäätöksessään KKO 1981 II 19 siitä, että ”alalla vallinneet työehdot ja tapa” kuuluvat tuomioistuimen viran puolesta tunnettaviin (”... Koska A siten sai tuon työansiotaan vastaavan korvauksen ajalta, jolloin hän ei ollut ollut yhtiön työssä, eikä hänelle alalla vallinneiden työehtojen ja tavan mukaan myöskään ollut kuulunut rahapalkasta määräytyvää lomakorvausta, A:lle ei ollut sanotulta ajalta aiheutunut vuosiloman saamatta tai korvaamatta jäämiseen perustuvaa vahinkoa.”) Sen sijaan ratkaisussa 1981 II 137 KKO piti näitä näyttökysymyksenä (”... Sitä vastoin A ei ollut näyttänyt, että hänelle kysymyksessä olevalla alalla vallinneiden työehtojen ja tavan mukaan olisi kuulunut rahapalkasta määräytyvää lomakorvausta eikä siten sitä, että hänelle olisi työsuhteen päättymisen jälkeiseltä ajalta aiheutunut vuosiloman saamatta tai korvaamatta jäämiseen perustuvaa vahinkoa.” (Kursivointi JR).

271 Vuoden 1970 työsopimuslain 17 §:n 1 momentin mukaan työnantajan oli työsopimuksessa tai työsuhteessa muuten noudatettava vähintään niitä palkka- ja muita ehtoja, jotka kyseessä olevasta tai siihen lähinnä rinnastettavasta työstä asianomaisen alan yleiseksi katsottavassa valtakunnallisessa työehtosopimuksessa on noudatettavaksi määrätty. (Kursivointi JR.) Normivalinta oli esillä muun ohella ennakkopäätöksissä KKO 1997:169 ja 1998:63 (matkatoimistotapaukset).

Vuoden 2000 työsuhtesopimuslain säätämisen yhteydessä säädettiin erillisestä menettelystä, jolla työsuhtesopimus vahvistetaan yleissitovaksi.²⁷²

Tuomioistuimen ratkaisuun vaikuttavat myös monenlaiset muut lakia alemman tason normit ja normistot. Esimerkki koodatusta normistosta on Rakennusurakan yleiset sopimusehdot (YSE), joilla on ainakin vanhempaa rakennustoimintaa²⁷³ koskevilla riidoissa huomattava merkitys. Mitä sopimusehtoa sovelletaan ja mitä se sisältää, voi olla käsittelyn ja samalla todistelun kohteena. Tuomioistuin ei voi omasta aloitteestaan lähteä ottamaan selvää tällaisesta normistosta. Rakennusosalalla on myös hajanaisempi ”normisto”, hyvä rakennustapa. Tämän sisältö kuuluu pikemminkin kokemussääntöjen kategoriaan.²⁷⁴ Sen sijaan yleinen kauppatapa voi olla hyvinkin selkeä ja usein sovelias ohjenuora.²⁷⁵

Tuomarin on, lakitekstin sisällön määrittääkseen, otettava kantaa tiettyihin tosiseikkoihin. Jos niiden olemassaolo jää epäselväksi, onko hänen turvauduttava todistustaakkasääntöihin? Bolding osoittaa, että täysin mielekkäästi voidaan puhua näytöstä, kun on kysymys tosiseikkojen oikeudellisesta arvioinnista. Siksi todistustaakkasääntöjen soveltamista sellaisiin kysymyksiin ei voida a priori poissulkea. Konkreettisilla tosiseikoilla on Boldingin mukaan merkitystä sekä silloin, kun on kysymys abstraktisen oikeussäännön voimassaoloa koskevasta väitteen paikkansapitävyyden toteamisesta, että silloin, kun on kysymys tietyn jutussa esillä olevan tapahtumainkulun sattumista koskevan väitteen paikkansapitävyyden toteamisesta. Kaikkien tosiseikkojen kohdalla, olivatpa ne kummanlaisia tahansa, tuomarin on kokemuslauseiden avulla otettava kantaa kysymykseen niiden olemassaolosta. Tosiseikkojen oikeudellisen arvioinnin piiriin kuuluu myös tosiseikkoja, nimittäin niitä, joiden avulla muodostetaan käsitys oikeussäännön sisällöstä.²⁷⁶

On olemassa kirjava ryhmä erilaisia lautakuntia ja kokoonpanoja, jotka esittävät edustamalleen alalle suosituksia tai kannanottoja, jotka ovat alalla vaihtelevissa määrin painavia. Tällaisia erityisiä elimiä ovat esimerkiksi kulluttajariitalautakunta ja Julkisen sanan neuvosto. Niiden ratkaisut voivat olla luonteeltaan ratkaisuja kanteluihin tai valituksiin tai periaatekannanottoja. Niillä voi olla ihmisten jokapäiväisessä kanssakäymisessä suurta painoarvoa, mutta yleistä juridista sitovuutta tällaisten elimien antamilla ratkaisuilla ei ole.

272 Laki työsuhtesopimuksen yleissitovuuden vahvistamisesta 56/2001 tuli voimaan 1.6.2001. Kun työsuhtesopimukset ovat nykyään lain 14 §:n mukaan verkossa, niitä voi pitää notorisina. Yleisenä vaikeutena voi kuitenkin olla, että riidat tulevat tuomioistuihin viiveellä, jolloin joudutaan ehkä soveltamaan useampia ja aikaisempia työsuhtesopimuksia.

273 Viimeinen ”kodifikaatio” on YSE 1998.

274 Ks. jäljempänä jaksoa ’Kokemussäännöt todistusteemoina’.

275 Bolding 1951, s. 45 toteaa, että oikeuskysymyksen ratkaisu voi perustua myös tavanomaiseen oikeuteen tai tulkitusmenetelmän käyttöön ja esittää esimerkkinä hyvän kauppatapan. Tuomarin on tässä tilanteessa yritettävä saada tietoa tietyistä kauppatappa koskevista tosiseikoista liike-elämässä. Tosin hän ei ole sidottu juuri tuomitsemishetken tapoihin, mutta ei hän voi tuomita niistä täysin välittämättäkään.

276 Bolding 1951, s. 43 – 48.

Oikeudenkäynnissä voidaan vedota sellaiseen ratkaisuun, jonka tällainen elin oli antanut juuri kyseisessä riidassa ennen oikeudenkäyntiä, tai sitten tarkoituksena on osoittaa yleistä linjausta, 'normia', joka riitakysymyksen kohdalla vallitsee. Ensimmäisessä tapauksessa ratkaisu on jonkinlainen "puolioikeudellinen" asiakirjatodiste; jälkimmäisessä tapauksessa linjanvedosta tulee helposti todistusteema, josta voidaan esittää näyttöä laajemminkin. Kysymys voi olla myös näiden yhdistelmästä. Periaatekannanoton sukulaisuus normatiivisiin määräyksiin on ilmeinen.²⁷⁷

Edellä mainittujen lisäksi on ennen vanhaan oikeuslähteeksiin korotettu "maan tapa". Mitään varsinaista alueellista partikulaarioikeutta tuskin nykyään on olemassa, mutta ehkä maan tavallakin on aikanaan voinut olla sovelluskohteita.

Oman kategoriansa muodostaa oikeudellisen asiantuntijalausunnon laatineen henkilön kuuleminen pääkäsittelyssä (OK 17:4.1). Uuden OK 17 luvun esitoissa korostetaan voimakkaasti, että tällainen henkilö ei ole todistajan roolissa; tämä liittyy kuitenkin ennen kaikkea siihen, että todistajaa koskevat velvollisuudet ja sanktiot eivät koske häntä.²⁷⁸ Muutoin hänen roolinsa tuskin olennaisesti poikkeaa todistajasta tai asiantuntijasta, ja myös vastapuolella on oikeus kuulustuttaa omaa asiantuntijaansa.

3.3.4.4 Teemana todistustaakka

Määrättyä seikkaa koskevasta todistusteemasta eroaa todistustaakkateeman käsite. Todistusteema ei kerro siitä, *kenen on näytettävä tietty seikka ja millä näytön vahvuudella* toteen. Sen kertoo todistustaakkateema, eli normatiivisluontoinen lausuma siitä, että todistustaakka *seikasta X on asianosaisella A* tai että näyttövelvollisen on esitettävä seikasta *X tietynvahvuinen* näyttö.²⁷⁹

277 Esimerkiksi Julkisen sanan neuvoston antama "JSN:n periaatelausuma lasten ja alaikäisten esiintymisestä mediassa 10.12.2014" sisältää juridisluonteisia kannanottoja siitä, minkäikäinen lapsi voi esiintyä julkisuudessa ja millä edellytyksillä.

278 Todistelutoimikunta 69 /2012, s. 77 ja 132. Vrt. RB:n osalta Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 306 – 308.

279 Leppänen 1998, s. 145 – 146. – Eckhoff 1988, s. 337 käyttää sanaa todistustaakkateema sen ilmaisemiseen, mikä laajuus (omfang) annetaan sille teemalle, johon näyttövaatimus liitetään. Tällä Eckhoff erottaa sen muista, rajoitetuimmista todistusteemoista. – Eckhoff toteaa, että on ylemmän ja alemman tason teemoja, ja sama seikka voi olla ensin teemana, myöhemmin näyttöä harkinnassa ylemmän asteen teeman todistustoiseikka. Ensimmäisen vaiheen tehtävänä on selvittää, miten hyvää tukea yksittäisillä oikeustoisieikoilla on todisteissa. Mutta ilman muuta ei voida lähteä siitä, että jokainen oikeustoisieikka muodostaisi oman todistustaakkateeman: usein kaksi tai useampi oikeustoisieikka voivat olla kumulatiivisia tai vaihtoehtoisia edellytyksiä oikeusseuraamukselle, ja sellaisessa tapauksessa herää kysymys, tuleeko ne yhdistää yhdeksi todistustaakkateemaksi. (Hän viittaa 1943-teokseensa s. 92 – 106.) Vastaus ei riipu siitä, kumpaa metodia käytetään. Ja todennäköisyysasteiden yhteispunninta, joka on suoritettava kun halutaan yhdistää useita oikeustoisieikkoja yhdeksi todistustaakkateemaksi, tulee tapahtua molemmissa tilanteissa samojen sääntöjen mukaan (summaussääntö vaihtoehtoisille ja yhteenlaskusääntö kumulatiivisille - riippuvuuden asteesta johtuvin modifikaatioin). Se, että tässä suhteessa metodien kesken ei ole eroja, johtuu siitä, että ei ole kysymys samaan teeman kohdistuvien todisteiden yhteispunninnasta, vaan oikeusseuraamuksen edellytysten punninnasta.

Eikö todistustaakan kohdistuminen tai näyttökynnyksen korkeus ole ex officio määräytyvä asia – onhan se oikeudellinen kysymys ja iura novit curia? Asiaa kannattanee ajatella käytännöllisesti. Valtaosassa jutuista nämä kysymykset eivät tule esille. On kuitenkin ongelmatapauksia, joissa ne tulevat esille tai joissa niiden olisi jälkeenpäin ajatellen suonut tulevan esille. Niitä löytyy suomalaisestakin oikeuskäytännöstä. Kun lisäksi nykyään tuomioistuimelle esitetään toivomuksia, että tuomarin tulisi etukäteen tuoda esille kantansa todistustaakan sijoittumiseen, on kaiketi kohtuullista ajatella, että tuollaista esitettyä kantaa vastaan voidaan myös protestoida. Kun tuomioistuin tai sen puheenjohtaja ilmaisee asianosaisille käsityksensä todistustaakan kohdistumisesta tai näyttökynnyksen korkeudesta, se on kaikissa tapauksissa hänen *käsityksensä* jutun ad hoc tilanteessa. Tässä kohden toimivaltakysymyksellä (kuka taakan tai kynnyksen sijoittumisen on määrännyt) ei ole merkitystä. En usko, että tuomarilla on vaikeassa tilanteessa aihetta suhtautua torjuvasti kysymyksen nostamiseen kontradiktorisen menettelyn kohteeksi. On kuitenkin sääntelemätön kysymys, minkälainen ratkaisu riitakysymykseen mahdollisesti annetaan.

Todistustaakan määräytyminen näyttää siis puhtaasti oikeudelliselta kysymykseltä, perustuu se sitten lain säännökseen tai ad hoc tuomioistuimen omaan kannanottoon. Sama koskee todistustaakkaan olennaisesti liittyvää näyttökynnystä. Taakan kantajan kohdalla vaihtoehtoja ei ole monta; erilaisia intressejä omaavia asianosaistahoja ja niiden puitteissa vielä eri asianosaisia voi kyllä olla useampia, kuten rikosjutussa syyttäjä, asianomistajat ja syytetyt, ja siis vaihtoehtoja taakan kantajiksi tietyn seikan osalta enemmän kuin kaksi. Jos juttu on laaja ja suuren tosiseikka-aineiston sisältävä, ei oikeuden mahdolliselle kannanotolle ehkä kuitenkaan ole edellytyksiä, eikä sellaiseen ylipäättäenkään tulisi ”hirttäytyä”, koska todistelutilanteet voivat todistelun edetessä vaihdella.

Todistusteema on tällöinkin eräässä mielessä ’oikeusseuraamus’, mutta ehkä ei ole syytä nimittää sitä oikeustositseikastoksi. Sen sijaan niitä seikkoja, jotka asianosaiset esittävät argumenttiensa tueksi, voi hyvin nimittää todistustositseikoiksi. Jos kysymys on vaikkapa siitä, kenen kuuluu näyttää toteen väite ”myyjä ei antanut ostajalle kuittia maksusta”, todistelu maksutilanteen olosuhteista ei juuri eroa tavanomaisesta todisteluasetelmasta. Jos kysymys on siitä, kenen on isyysjutussa näytettävä (ja millä vahvuudella), että herra X:n auto oli usein neiti Y:n asunnon luona, voidaan riidellä siitä, kumman on helpompi näyttää – sen joka vetoaa auton olemiseen vai sen joka vetoaa sen ei-olemiseen.

Toisinkin voidaan ajatella. Se, voiko tällainen kysymys tulla ylipäättään todistelun kohteeksi, edellyttää, että teeman katsotaan kuuluvan asianosaisen autonomian piiriin. Ongelmia voi syntyä kysyttäessä, mitä taakan kohteena olevalla seikalla, oikeastaan seikastolla, tässä yhteydessä tarkoitetaan: miten *laajaksi* kohde on kulloisessakin tilanteessa ymmärrettävä? Tämä on Eckhoffin

umfang-kysymys²⁸⁰. Lähinnä ongelma koskee ultima probandumia, mutta se voi koskea minkä tahansa tosiseikan näyttövelvollisuutta. Laajuuskysymys voidaan oikeustositseikan kohdalla asettaa esimerkiksi näin: abstraktiset tosiseikastot virhe, vahinko, tuottamus – vai niiden kulloisetkin komponentit.

Sama seikkojen ryhmittely kuin yleisesti todistusteemoittamisen kohdalla koskee prosessin tasolla myös todistustaakan ja näyttövaatimuksen kohdistumista. Sitäkään ei aina ole mielekästä tarkastella kaikkien yksittäisten tosiseikkojen kohdalla erikseen. Yleistä määritelmää siitä, miten tällainen kokonaisuus olisi muodostettava, ei liene mahdollista antaa. Mitä useampia tosiseikkoja yhdistellään, sitä todennäköisemmin komposition osaksi tulee arvottaminen, kuten jonkinasteinen juridinen tai muu adjektiivinen arvottaminen, ja sitä kauemmas etäännyttään ”kovista” tosiseikoista. Käytännön tarpeet kuitenkin edellyttävät yhdistelyä: pelkillä kovilla, dogmaattisen määritelmän mukaisilla tosiseikoilla ei aina päästä kovin pitkälle.

Käytännöstä saatavan kuvan mukaan yhdistely ei kuitenkaan ole välttämättä erityisen ongelmallista; sopivat ja ”sopivankokoiset” teemat tulevat tavallaan luonnostaan, ainakin jos kanne vaatimuksineen ja perusteluineen on jaksettu kartoittaa riittävällä huolella ja jos abstraktinen tosiseikasto, jonka suhteen pyritään vastaavuuteen, on selväpiirteinen. Tuskin on olemassa yhtä ”oikeata” tematiikkaa kulloinkin esillä olevaan juttuun: jutun puitteet määräävät asianosaiset vaatimuksineen ja vastauksineen itse dialektisessa prosessissa. Toinen asia on, että jokin kysymyksen- tai teemanasettelu on tarkoituksenmukaisempi esillä olevissa puitteissa kuin jokin toinen. Mahdollisimman järkevän ja tarkoituksenmukaisen tematiikan kehittämisessä ja löytämisessä tuomioistuimella on oma roolinsa prosessinjohtoon kautta. Dispositiivisessa jutussa tuomioistuimenkin pelivaraa kuitenkin rajaavat riitajutun asianosaiset ja heidän esityksensä.

En tunne tapauksia, joissa todistusteeman laajuus olisi todella nostettu ikään kuin ”metaluokan” todistusteemaksi. Laajuus on kyllä toisinaan keskustelun kohteena käytännöllisellä tasolla, jos esimerkiksi syyttäjä tai puolustaja ilmoittaa todistajan teemaksi ’tapahtumainkulun’ ja etukäteen tiedetään, että todistaja voi tietää vain joistakin yksittäisistä seikoista, ei edes ”esittää kertomusta”.

Teemojen laajuudella voi kuitenkin olla suuri merkitys todistusharkinnassa, jos halutaan soveltaa tiettyä matemaattista todistusharkintateoriaa.

3.3.4.5 Todistusteemoista muissa prosessiratkaisuissa

Todistustaakka- ja näyttökynnyskysymysten ohella tuomioistuin joutuu tekemään monenlaisia muita prosessiratkaisuja, niin todistelun piirissä kuin muussakin prosessiyhteydessä. Kysymys ei ole jutun substanssikysymyksistä,

280 Eckhoff 1988, s. 337.

vaan kannanotosta harkinnanvaraiseen, usein arvottamista edellyttävään menettelytapakysymykseen.

Eräiden ratkaisujen osalta lainsäätäjä on voinut määrätä ratkaisun edellyttämän näyttövelvollisuuden jakautumisesta ja myös näyttökynnyksestä; näin asia on preklusioratkaisujen kohdalla.²⁸¹ Pääkysymyksen – ”oikeusseuraamuksen” eli sen, sallitaanko uuden seikan tai todisteen esittäminen – osalta todistusteema tulee suoraan lain säännöksestä.²⁸² On kuitenkin mahdollista, että tähän ”ultimaani” voi myös liittyä alemman tason tai jopa alempien tasojen todistustositseikkoja. Todistustaakka on seikkaan tai todisteeseen myöhässä vetoavalla niin pääteeman kuin mahdollisten alateemojenkin osalta, mutta näyttökynnys on tavallista alhaisempi (todennäköinen tai oletettava).²⁸³

Joissakin tilanteissa lainsäätäjä on antanut tarkemmin yksilöimättömän menettelytapanormin, jonka soveltamisen tarkempi muoto joudutaan päättämään käytännössä. Eräs tällainen todisteluun liittyvä on todistelun karsiminen. Karsiminen lienee useimmiten tuomioistuinaloiteista, mutta mikään ei estä asianosaista esittämästä vastapuolen todisteen tai oman todisteensa käymistä tarpeettomaksi.²⁸⁴ Käytännön tilanteessa karsiminen tapahtuu usein lähinnä asian toteamisella, erityisesti tilanteessa, jossa kaikki osalliset ovat yhtä mieltä lisätodistelun tarpeettomuudesta. Jos asianosainen vastustaa karsimista, tuomioistuin joutuu kuitenkin pääsääntöisesti tekemään erillisen prosessiratkaisun. Tällöin kysymystä joudutaan ensin käsittelemään kontradiktorisessa menettelyssä.

Toisenlaista todistusharkintaa joudutaan suorittamaan kahdessa muussa yhteydessä, nimittäin jatkokäsittelyluvan myöntämisessä ja hovioikeuden

281 OK:n preklusionormit koskevat KO:n osalta dispositiivisia riita-asioita (OK 5:22, 6:9), HO:n osalta riita-asioita (OK 25:17.1, 26:4.2) ja KKO:n osalta sekä riita- että rikosasioita (OK 30:7). – Preklusiotilanteessa useinkaan ei ole tarvetta mennä erilliseen todisteluun ja todistusharkintaan. Jos asianosainen vetoaa uuden seikan esittämisen tueksi esimerkiksi siihen, ettei ole määräaikaan mennessä ”voinut huomata” seikan tai selvityksen merkitystä (ks. HE 15/1990 s. 68 ja 82 - 83), kysymys on pikemminkin kohtuullisuusarvioinnista. ”Huomaamisen” kriteerit eivät aina liene kovin episteemisiä kysymyksiä.

282 Todistusteemana OK 5:22:n mukaan on syy-yhteys pätevään syyhyn (vaatimus, perusteet, todiste; kynnys todennäköinen), OK 6:9:n mukaan syy-yhteys pätevään syyhyn (uusi seikka, kynnys todennäköinen, tai uusi todiste, kynnys oletettava), OK 25:17.1 ja 26:4.2 (syy-yhteys esteeseen tai pätevään aiheeseen, uusi seikka tai todiste, kynnys todennäköinen), sekä OK 30:7 (seikka tai todiste, syy-yhteys esteeseen tai pätevään syyhyn, kynnys todennäköinen). Vaatimusten (OK 5:22) osalta kuitenkin Lappalainen 1991, s. 101 alaviite 33 huomauttaa HE:ssä 15/1990 s. 68 olevasta maininnasta, että preklusiouhka ei koske uusia vaatimuksia, vaan että niiden kohtalo ratkeaa kanteen muuttamisen luvallisuutta koskevan OK 14:2:n mukaan. Lappalainen pitää, mielestäni aivan oikein, perustelujen kantaa oikeana. Vastaava maininta OK 6:9:n osalta on HE:ssä 15/1990 s. 83.

283 Lain säätämisvaiheessa vaihtoehtona oli, että todistustaakka olisi myöhästyneen vastapuolella, jolloin todistusteemana olisi ollut viivyteltä tarkoitettu; HE 15/1990 s. 82. – Lappalainen 1991, s. 99 katsoo sen, että näyttökynnys ylittyy ”jo todennäköisyysnäytöllä”, merkitsevän, että ”epätietoisissa tapauksissa tuomioistuimen tulisi päätyä näyttövelvolliselle asianosaiselle edulliseen ratkaisuun”. Käsittääkseni aidosti ”epätietoisissa” tapauksissa vaatimus tulisi kuitenkin hylätä. Jos syyn pätevyys ja syy-yhteys ovat todennäköisempiä kuin niiden vastakohdat, ei kysymys ole enää epätietoisuudesta.

284 Oman todisteen karsiminen pääkäsittelyssä voi olla paikallaan, jos probandumin osalta saadaan vasta siellä yksimielisyys. Vastapuoli, joka on ehkä valmistautunut esittämään todistajalle teemaan liittyviä kysymyksiä, voi olla karsimisesta eri mieltä ja nimetä todistajan tällöin itse.

pääkäsittelyn tarpeesta päätettäessä. Käsittelen niitä omana jaksonaan kohdassa mini-todistusharkinnat.

3.3.5 Kokemussäännöt todistusteemoina – ja oikeustositseikkoina?

Oikeuskirjallisuudessa on yleisesti vallalla kanta, että kokemussäännöt voivat olla todistelun kohteena. Mikään muu ei tulisikaan kysymykseen, sillä jutun laadusta riippuen voi juuri kokemussääntö olla se ”pähkinä”, joka on särjettävä, jotta kanne tai sen olennainen oikeustositseikka menestyisi; todistustositseikat sellaisinaan voivat olla ongelmattomia ja riidattomiakin. Esimerkiksi vaikeammissa vahingonkorvausjutussa on säännönmukaista, että vastaajan toiminnan tai toimimattomuuden ja vahingon syntymisen välinen syy-yhteys, joka on usein asiantuntemusta edellyttävä seikka, muodostaa tällaisen keskeisen todistustee-man. Itse vahinko totitseikkana voi olla riidaton, samoin kuin ulkoisena tapahtumainkulkuna vastaajan toiminta tai toimimattomuus.

Kokemussäännöt, totitseikkoja toisiinsa yhdistävät ”liimat”, muodostavat heterogeenisen ryhmän niin sisällöltään, täsmällisyydeltään, paikkansapitävyytensä varmuusasteelta kuin mahdolliselta normatiivisuudeltakin.²⁸⁵ Samoin kuin oikeudellinen normi, kokemussääntö on muotoa ’jos X, niin Y’. Toisaalta kokemussäännöt eivät objekteina eroa esimerkiksi konkreettista havaintoesinettä koskevista oikeustositseikoista. Kiistatilanteessa, kun sääntö tulee todistustee-maksi, on yleensä kysymys kausaalisuhteen paikkansapitävyydestä (”liiman” pitävyydestä), harvemmin loogisista säännöistä.

Jos kysymys ei ole suorastaan tieteellisin kokein varmuudella todistetuis-ta kausaalisäännöistä, kokemussääntöihin liittyy monesti kysymys referenssiryhmästä, jonka tietopiiriin säännön paikkansapitävyyttä voidaan peilata. Arkipäivän kokemussäännöt ovat usein notorisia eivätkä aiheuta kiistaa. Mitä enemmän siirrytään erityisasiantuntemuksen puolelle, referenssiryhmä, jolta konsensusta säännön paikkansapitävyydestä haetaan, saattaa kapeutua,²⁸⁶ ja käsitys säännön ”yleisyydestä” voi muuttua kyseenalaiseksi. Myös jokapäiväisistä ”säännöistä” voi vallita vastakkaisia käsityksiä.²⁸⁷ Jo kokemussäännön sopimi-

285 Vrt. common law’n kannalta Egglestonin 1983, .s 25, esitystä yleistysten käyttötilanteista. Niitä tarvitaan ratkaistaessa, 1) onko todiste relevantti (sallittavuus), 2) onko syyttäjä tai kantaja esittänyt riittävän näytön, jotta vastaajan on tarpeen vastata siihen (case to answer), ja 3) kumpi asianosainen voittaa jutun.

286 Käytännössä usein esiintyvä esimerkki erityistieteen riitaisesta kokemussäännöstä on käsitys syy-yhteydestä niskan retkahdusvamman eli whiplash-vamman ja aivojen eristeisten vaurioiden tai sellaisiin liittyviksi epäiltyjen muiden terveysongelmien välillä. Ainakin tuomioistuimen näkökulmasta havaintoni mukaan lääketieteessä on eri koulukuntia, joiden edustajia on toisinaan kuulusteltu ristikuulustelussakin. Koulukuntajako voi perustua jo tieteenalan tutkimusmenetelmiin. Näyttöongelman vaikeutta ei ainakaan vähennä se, että mahdolliselle syy-yhteydelle keskeisistä kohteista voi olla hankala saada edes pohjatietoja. Tällaisen vaikean jutun esimerkistä käy ennakkopäätös KKO 2018:50.

287 Lindell 1987, s. 241 – 244 esittää eloisan esimerkin henkilöstä, joka oli kaupassa laittanut tavarankassuunsa ja mennyt kassan ohi maksamatta. Hän asettaa esille erilaisia tekijän selityksiä ja kysyy kunkin kohdalla, löytyykö kokemussääntöjä niiden tueksi.

nen esillä olevien seikkojen yhteyteen voi olla riidanalaista, vaikka itse sääntö olisikin ongelmaton.²⁸⁸

Ehkä yleisin tilanne, jossa kokemussäännön kertomaa kausaalisuutta kysytään, on vahingonkorvausjuttu. Syy-yhteyden olemassaolo on olennainen osa korvausvaatimuksen tunnusmerkistöä. Mitä kokemussäännöt ovat – onko kausaalisuudessa kysymys pelkästään empiriasta vai onko mukana muutakin, esimerkiksi normatiivista ainesta? Tämä kysymys näyttää askarruttavan tutkijoita.²⁸⁹ Kokemussäännöllä lienee aina jonkinasteinen empiirinen ydin, mutta se voi olla normatiivisesti väritynyt jo siitä syystä, että kysymys esitetään oikeudellisessa kontekstissa. Tiukkaa muottia ei yleensääkään liene tarpeen rakentaa. Kysymys lienee ainakin osittain ”redusoitavissa” vanhaan ja ratkaisemattomaan ongelmaan tosiasia- ja oikeuskysymyksen erottamisesta.²⁹⁰ Itse lähdän siitä, että normatiivisen piirteen olemassaolo todistusteemana osoittaa *omalta osaltaan*, ettei dogmi ”oikeustosisiikka on aina kova fakta” pidä paikkaansa.

Kokemussäännöt yhdistävät todisteita ja teemoja todistelun kaikilla portaila. Ne yhdistävät myös aputosisiikkaa ja sen teemaa, oli teema mikä tahansa, sekä todistutosisiikkaa ja sen teemaa, oli tämä mikä tahansa. Mutta merkilepantavaa on kokemussäännön rooli omana teemanaan: käsitykseni mukaan se voi esiintyä *kaikilla tasoilla, myös oikeustosisiikkana*. Vahingonkorvausoikeudellinen syy-yhteys on tyyppiesimerkki tilanteesta, jossa kokemussääntö esiintyy välittömästi oikeusseuraamukseen vaikuttavana tekijänä. Ilman sitä ei oikeusseuraamusta ole – oli kysymys sitten tahallisuudesta, tuottamuksesta tai ankarasta vastuusta. Muut vahingonkorvauksen osatekijät voivat olla riidattomia, mutta syysuhdetta osoittava kokemussääntö ankaran todistelun ja vastatodistelun kohteena.

Esimerkki kokemussäännöstä, johon liittyy selkeä normatiivinen lataus, on ”yleinen rakennustapa”. Ajatuksena on, että jos on rakennettu sen mukaan tietyllä tavalla, se on yleensä hyväksyttävää ja oikein. Tämän kvalifioitu sukulainen on ajankohdan ”hyvä rakennustapa”, eikä sen tarvitse olla sama kuin edellinen. ”Hyvyys” on normatiivinen – ja arvoa koskeva – käsite, mutta se ei ole ratkaistavissa juridisen tiedon perusteella, vaan se voi tarkoittaa esimerkiksi haitallisten piirteiden torjumista (kun alapohja tuuletettu määrättyllä tavalla,

288 Lindell 1987, s. 241 kritisoi ajattelua, että luotettavat kokemussäännöt löytyisivät ”färdiga för användning” esillä olevaan tapaukseen sen kaikkine omine erityispiirteineen.

289 Ehkä tuoreimman analyysin keskustelusta on esittänyt Rankinen 2018, s. 437 – 462. Hän pohtii s. 442 – 452 empiristiseen (faktiseen) käsitykseen liittyviä ongelmia rikosoikeudellisen, tunnusmerkistön mukaisen teon tai laiminlyönnin ja tunnusmerkistön mukaisen vahingon tai vaaran välisessä suhteessa, ja ongelmien normatiivista kritiikkiä. Hän päätyy s. 461 lopulta katsomaan, että empiristisen ajattelutavan takana olevat kysymykset (mitä ja miten) on väärin asetettu. Hän pitää s. 461 – 462 pahimpana sitä, että ajatus mahdollisuudesta tutkia kausaliitteitä empiirisesti torjuu pois ajatuksen inhimillisten tekojen ja niiden seurausten täydellisesti normatiivisesta luonteesta.

290 Luonnollisesti kokemussääntö voi sisältää kausaalisuusohteen lisäksi erilaisia arviointia ja arvottamista edellyttäviä komponentteja, joiden oikeaksi todistelu on oma lukunsa.

kosteusvauroita ei ole). Molemmat tapa-teemat ovat todisteltavissa olevia ja myös todistelun varassa olevia. Näiden tapojen sisältö ja riittäisyys tulevat esille erita-
soisten asiantuntijoiden esittämän todistelun kohteina useimmissa taloriidoissa,
monesti vielä siten vaikeuskertoimella kvalifioituina, mikä *oli* hyvää rakennus-
tapaa tiettyinä ajankohtana. Vielä vähemmän kuin aikaisemmin mainituista
Rakennusurakan yleisistä sopimusehdoista tuomioistuimien voi yksin viran puolesta
lähteä ottamaan selvää tämän tavan sisällöstä.

Kokemussäännön – kuten oikeastaan minkä tahansa seikan – ”selvänä” pi-
tämiseen liittyy vaaratekijä. Säännön sisältö ei ehkä nouse riittävästi kontradik-
torisesti esille ja tulee ratkaisussa yllätyksenä: tuomioistuin ei pidäkään paik-
kansapitävänä tai tilanteessa käyttökelpoisena pääkäsittelyssä vähälle huomiolle
jäänyttä mutta asianosaisen olettamaa tai selvyytenä pitämää kokemussään-
töä. Tilanteessa kokemussääntö on ehkä samaistettu liiaksi ’kyllä tuomioistuin
tietää’-tyyppiseen ajatteluun. Sama kontradiktorisuuden maksiimi, jonka voi
katsoa koskevan notoristen seikkojen esilletuontia tuomioistuimen toimesta,
koskee myös ”notorisia” kokemussääntöjä.

3.4 Oman kannan kehittäminen väitteeseen ’vain kovat faktat ovat oikeustositseikkoja’

Pidän lähtökohtana, että todistusteemaa ei pidä ymmärtää ahtaasti eikä käsi-
telainopillisiin dogmeihin vedoten. Jos normatiivinen tai adjektiivinen seikka
ja sen sisältö ja tulkinta voi olla todistelun kohde, sen sisältö ja merkitys voi
olla oikeustositseikka.

Kysymys näyttäisi siis olevan siitä, voiko adjektiivi – teon, olosuhteen, asian-
tilan ominaisuus tai laatu – olla todistelun kohteena. Jos se ei voisi, kelpaavan
tosiseikan (esimerkiksi ”lyönti”)²⁹¹ käsite olisi puristettu tiukaksi, vain tekniseen
tai konkreettiseen toimintaan, kuten ruumiinliikkeeseen. Kuitenkin tekoon voi
liittyä monenlaisia piirteitä, ominaisuuksia, joilla on oikeudellista relevanssia.
Esimerkiksi puukolla lyönti ei ole puhdas tekninen ”suoritus”, vaan olennaista
sille on, mihin se *suuntautuu*, miten *voimakas* se on, mikä *tarkoitus* sillä on. On
eri asia lyödä puukolla esim. *arkojen* sisäelimien alueelle, ja siten niin, että teko
on aiheuttanut tai voinut aiheuttaa *hengenvaarallisen* tilanteen, kuin jollekin
neutraalimmalle alueelle. Hengenvaarallisuus ja lyöntikohdan vaarallisuus ovat
usein kiivaankin todistelun kohteena, kuten myös lyönnin voimakkuus. Samoin

291 Lyönti ei merkitykseltään ole arvovapaa sekään. Lyönti edellyttää tahallisuutta, ainakin siinä mielessä, että
käden liikkeeseen kuuluu volitiivinen ainesosa, liikkeen täytyy olla haluttu ja kaiketi myös tiettyyn päämää-
rään pyrkivä. Jos henkilö heilauttaa kättään tervehtiäkseen tuttavansa kadun toisella puolella, käden liikettä
tuskin voidaan nimittää lyönniksi, vaikka käsi osuisikin takana kävelevän kasvoin. On eri asia, miten tekoa
arvioidaisiin dolus eventualiksien kannalta.

esimerkiksi rakennusurakkariidassa voi olla keskeisen tärkeää, väitetäänkö urakoitsijan syyllystyneen huolimattomuuteen vai törkeään huolimattomuuteen. Voi olla prosessitodellisuudelle vierasta väittää, että tämä keskeinen ero ei voisi toimia todistusteemana.

Ei päästä mihinkään siitä, että monet seikat ovat arvo- tai laatuvaritteisiä, eikä tällöin arvioinnissa ole syytä rajoittua hyvä-paha-asteikolle. Tietysti on totta, että useissa kokoonpannuissa käsitteissä – tahallisuus, tuottamus – voidaan erottaa toisistaan ulkoiset faktat ja niiden luonnehtimiseen käytetyt faktat. Tuomioistuimen todistusharkinta näiden kompleksisten, kokoonpantujen seikastojen näytetyiksi tulemisen kannalta ei ole puhtaan episteemistä, vaan siihen sisältyy arvottavaa ainesta. Teeman ”pohjapalasten” eli esimerkiksi tuotamuksen pohjana olevien tosiasioiden näytetyksi tuleminen on kuitenkin episteemistä. Esimerkit osoittavat, että ultima probandumina voi olla oikeudellista, moraalista, eettistä tai muuta *laatuarviointia* edellyttävä suure. Vaikka tämä ei olisi näin, en ainakaan niputtaisi *kaikkia* ”arvoarvostelmia” samaan hylkäysnippuun. Vaikeuksiin joudutaan monissa kohdin. Esitän tästä esimerkkejä.

Syyntakeettomuus on ihmisen ominaisuus. Myös Lappalainen on sitä mieltä, että syyntakeettomuuden konstituiva oikeustosisekasto koostuu tekijän heikentyneestä (!) kyvystä ymmärtää tekonsa tosiasiallista luonnetta tai oikeudenvastaisuutta tai säännellä käyttäytymistään. Kysymys syyntakeisuudesta tai -takeettomuudesta on siten ”prosessioikeudellisessa aineistojärjestelyssä” osa rikosjutun *tosiasia- l. näyttökysymystä*, kun selvitetään, onko tekijä ollut kykenemätön ymmärtämään tekonsa luonnetta tai säätelemään käyttäytymistään.²⁹²

Samalla tavalla kysymysmerkkejä voidaan piirtää ”on omiaan aiheuttamaan vakavaa vaaraa” -ilmaisun kohdalle. Vaaran vakavuus on epäilemättä arvoarvostelma. Samoin on jo substantiivin ”vaara” (tilanteen vaarallisuus) kohdalla: se ei ole puhdas kova fakta. Jos halutaan tarkemmin tietää, mistä vaarallisuus tai vakavuus päätellään, on mentävä luonnontieteeseen, psykologiaan ja oikeuskäytäntöön: mitkä tekijät aiheuttavat vaaran, mikä koetaan vaaraksi ja mikä vakavaksi, missä vakavuuden raja on oikeuskäytännössä kulkenut ja edelleen, kuinka monta ihmishenkeä vaarantui nyt. Esimerkiksi se, että kuinka monen ihmishengen vaarantumista tuhotyön lukeminen törkeäksi vähintään edellyttää, näyttää oikeuskäytännössä hakevan linjaa. Mikä todellisuudessa estää määrittämästä todistusteemaa muotoilulla ”teko aiheutti vakavan vaaran” tai käytännöllisesti paremmin ”teko aiheutti vaaran” ja ”vaara oli vakava”²⁹³

292 Lappalainen 2004, s. 158 – 159. Kursivointi Lappalaisen. Alentuneen syyntakeisuuden kohdalla arvo-arvostelmapiirre näkyy mielestäni vielä selvemmin, myös Lappalaisen esityksestä s. 160.

293 Usein käytännössä kysymys on tuhotyön porrastuksen harkinnasta. Vaaran aiheutuminen on törkeätä tekomoitoa koskevan syytteen tilanteessa ollut ehkä lähes riidatontakin, yleiseen elämäkokemukseen perustuvaa, mutta relevantiksi teemaksi on muodostunut vaaran vakavuus, koska törkeän tuhotyön kriteerit ovat oikeuskäytännössä asettuneet melko tiukoiksi. Vakavaa hengen tai terveyden vaaraa on tullut tunnusmerkistön mukaan aiheutua suurelle ihmismäärälle. – Lappalainen 2004, s. 155 alaviite 20, katsoo, ettei vaara

Lakitekstin lukuisat kvantitatiiviset ja kvalitatiiviset tunnusmerkistötekijät eivät rajoitu eettisiin tai moraalisiin, vaan ne voivat olla samaistettavissa ”puhtaasti” määrällisiin faktoihin, kuten esimerkiksi monissa talous-, anastus- ja vahingontekorikoksissa. Lain säännöksessä tai vakiintuneena oikeuskäytännössä voi olla ilmaistuna, mikä on ”paljon” tai mikä on törkeän ja tavallisen tekemuodon ero määrän kannalta. Esimerkiksi 100.000 euron kavallus täyttää määräkvalifikaation osalta epäilemättä törkeän tekemuodon edellytyksen. Eikö siis todistusteemana voi olla, että kavallettu määrä oli ”merkittävä”, ”huomatava” tai yksinkertaisesti ”suuri”? Kysymys on mielestäni triviaali. Määrät todistusteemoina ovat todistelun arkipäivää.

Onko liikenteen vaarantamisrikoksen syyksilukemisen toteutus siitä, että teko on *ollut omiaan* vaarantamaan liikennettä, tuomioistuimen ”oikeudellinen” vai episteeminen arvio – subsumptio vai todistusteema? Sitä pidettäneen perinteisesti oikeudellisena. Toisaalta ilmaisu ”on omiaan” on korostetun frekventistinen: se tarkoittaa, että tietyn ehdon vallitessa toinen seikka esiintyy tiheydellä, jota pidetään suurena. Tieto toteutumisen frekvenssistä on luonteeltaan luonnontieteellinen ja se on periaatteessa saatavissa luonnontieteen menetelmin eli toistamalla määrätty koesarja riittävän monta kertaa. Oikeudenkäynnissä ei voida kuitenkaan analysoida kaikkia niitä tulokseen vaikuttavia seikkoja, jotka koetilanteessa ovat kontrolloitavissa ja vakiinnutettavissa, vaan on tyydyttävä karkeampaan arvioon, joka perustuu harvemmille oletuksille ja jonkinlaisille kokemussäännöille. Näyttötuomarilla täytyy olla tietoa, kokemuseräistä tai opittua, siitä, minkälainen toiminta todellisuudessa aiheuttaa vaaraa ja min-käläinen ei. Tämä ei silti tee arviointia oikeudelliseksi.²⁹⁴

ole sellainen ”raaka” fakta, joka voisi sellaisenaan olla esimerkiksi todistelun kohteena, todistusteemana, vaan että sana merkitsee tilannearviointia (= vaarallinen tilanne). ”Todistusteemoja (varsinaisia oikeustosi-seikkoja) ovat vaarallisuusarvioinnissa ne ulkoisia olosuhteita koskevat faktat, joiden nojalla vaarallisuusarviointi tehdään. Se, tarkoittaako vaara rikossäännöksessä ns. abstraktia vai ns. konkreettista vaaraa, ei ole tässä suhteessa merkityksellistä.” – En osaa allekirjoittaa näitä lausumia. Vaara on mielestäni tilanne, jossa on käsillä uhka ja todennäköisyys, että syntyy vammoja ihmiselle tai vahinkoja omaisuudelle. Todennäköisyyden ratkaisevat teon ja seurauksen kausaaliyhteyteen liittyvät luonnontieteelliset lainalaisuudet, ja vaaran laajuuden taas ratkaisee näyttö konkreettisesti alttiina olevien oikeushyvien (esimerkiksi ihmishenkien) määrästä. Lainalaisuudet ovat luonnontieteellisiä, eivät oikeustieteellisiä. Vaara, juuri tilanteen vaarallisuus, on luonnontieteellinen käsite ja mielestäni käypä todistusteema, eikä ole estettä pitää sitä myös oikeustosi-seikkana, osana ultima probandaa.

294 Lappalainen 2004, s. 155 on sitä mieltä, että tunnusmerkistön arvoarvostelmat eivät tule oikeudenkäynnissä esiin syytteen teonkuvauksessa, vaan ”syyttäjän esittäessä syytteessä käsityksensä siitä, mistä rikoksesta hänen mukaansa teossa on kysymys” Ks. myös Lappalainen 1986, s. 765 - 766 ja alaviite 24 s. 766. – Tästä voidaan olla toistakin mieltä. Pääasia kuitenkin on, että nuo seikat tulevat syytetyä ja puolustuksen tietoon ja niihin voidaan ottaa kantaa. Kun lähdetään syytetyä näkökulmasta eikä formaalisesta määrittelystä, kysymys ”syytteen teonkuvaukseen kuulumisesta” saa teoretisoivan sävyn. Sitä paitsi tuollaista seikkaa koskeva väite *kuvaavaa* paremmin kuin moni perinteiseen teonkuvaukseen ”kuuluva” yksityiskohta. – Voidaan väittää niinkin, että jos liikenteen vaarantamisen on omiaan – tunnusmerkki ei kuuluisi syytteesen (ja oikeus omasta aloitteestaan liittäisi sen tuomioonsa), puolustuksen olisi tuotava väitteen negaatio käsittelyyn, jos se katsoo, *ettei* teko ”ollut omiaan” aiheuttamaan vaaraa – jotta seikkaa päästäisiin käsittelemään ja *sii-tä* näyttöä esittämään. Ainakin prosessin selkeyttä tällainen oikaisu vaarantaisi, jos puheenjohtajan kontol-le asetettaisiin velvollisuus auttaa syyttäjää käsiteltävän rikoksen kuvaamisessa. Pelkkä lainkohdasta päätteleminen ei ole syytetyä velvollisuus. Oikeuskäytännössä kvalifioinnin konkreettiset tunnusmerkit, kuten liikenteen vilkkaus, sivuteiden ja muiden liittymien runsaus, kevyen liikenteen runsaus ja vastaavat seikat ovat säännönmukaisesti kiistaisen todistelun kohteina.

Kun todistusteemoina voivat oikeustositseikkojen ohella olla todistus- ja aputositseikat, mikään ei estä sitä, että näihinkin voi sisältyä arvottamista edellyttäviä tai muutoin adjektiivisia komponentteja. Jos näin on, mihin nuo komponentit häviäisivät, kun edetään oikeustositseikaston tasolle? Yleisemminkin on mielestäni parempi kysyä, miksi todistelun kohteena eli todistusteemoina eivät voisi olla *kaikki* sellaiset seikat, joilla on relevanssia jutun ratkaisun kannalta, vaikka ne eivät ole ”kovia” faktoja – siis myös todistustositseikat ja aputositseikat, joihin sisältyy arvottamista koskeva tai muutoin adjektiivinen komponentti.

4. TODISTUSTAAKKA

4.1 Johdantoa. Todistustaakan ”roolista” todistusharkinnan kannalta

Bolding toteaa: ”Domaren måste alltid – medvetet eller omedvetet – tillämpa bevisbörderegler”²⁹⁵. Samoin hän toteaa: ”Bevisbörderegler måste tillämpas i varje process.”²⁹⁶

Todistustaakan jako ja vaadittavan näytön määrää kuvaava kynnys vaikuttavat olennaisesti paitsi todistelumenettelyn myös todistusharkinnan rakentumiseen. Väärät käsitykset esimerkiksi todistustaakan jakautumisesta voivat johtaa ongelmiin todistusharkinnassa eivätkä ole oikaistavissa muuten kuin ehkä muutoksenhaun kautta. Toisaalta todistustaakan jakautuminen ei sekään aina ole selvä asia, ja esimerkiksi juuri muutoksenhakuasteella voi olla erilainen näkemys kuin mikä alemmalle oikeudelle on perustellusti syntynyt. Viime vuosina onkin oikeuskirjallisuudessa keskusteltu jonkin verran siitä, missä määrin tuomioistuimen pitäisi tuoda käsityksensä todistustaakan jakautumisesta esille. Toisaalta kannanotto jää väkisininkin alustavaksi, ja tässä piilee sen ongelmallisuus: tuomioistuin ei saisi ”hirttää” itseään käsitykseen, joka jo prosessin aikana saattaa muodostua virheelliseksi. Kuitenkin, mikäli kysymys todistustaakan jaosta ei ole helppo, se voitaisiin ainakin tuoda keskustelun kohteeksi.

Melkoinen osa perinteisistä alkuperäistä todistustaakan jakoa koskevista säännöistä pohjautuu jo roomalaiseen oikeuteen²⁹⁷ ja on käytännöllisesti katsoen kaikille nykyisille oikeusjärjestelmille yhteistä omaisuutta, olipa järjestelmä sitten common law -pohjainen tai mannermainen. Näitä sääntöjä noudatetaan, ilman että niiden justifikaatiota enää tarkemmin mietitään. Tyypillisiä tällaisia sääntöjä ovat esimerkiksi pääsääntö kantajan yleisestä näyttövelvollisuudesta ja lahjansaajan näyttövelvollisuus siitä, että oikeustoimi oli lahja, sekä syyttäjän näyttövelvollisuus rikosprosessissa.

Meillä vuoden 1948 VOK 17:1:n yleislausekkeeseen oli kiteytetty kaksi roomalaisen oikeuden kehittämää lausetta, *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* ja *reus expiando fit actor*:

295 Bolding 1951, s. 162 – 163. Hän haluaa tällä kiteytyksellä torjua näkemyksen, että todistustaakasääntöjä sovellettaisiin vain edellyttäen, että käsillä on epävarmuus (ovisshet).

296 Bolding 1951, s. 157. Kursivointi Boldingin. Tällä hän halusi torjua vanhan näkemyksen, että todistustaakasäännöt tulevat ajankohtaisiksi vasta, kun näyttö on esitetty ja on käynyt selville, ettei se riitä.

297 Esim. Halila 1955, s. 21 – 23.

”Riita-asiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Jos vastaaja edukseen tuo esiin jonkin seikan, on hänenkin vahvistettava se todisteilla. Rikosasiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu.”

Lainkohta oli yleispiirteinen ja sisälsi lähinnä yleisen kokemussäännön todistustaakan karkeasta jaosta. Säännös on samansisältöinen kuin jo vuoden 1734 OK 17:33: ”Kantajan tulee laillisesti näyttää kanteensa toteen; muuten olkoon vastaaja vapaa. Jos vastaaja tuopi esiin jonkin asianhaaran, sillä itseään puolustaaksensa, tulee hänenkin vahvistaa se todistuksilla.” Bertil Sjöström totesi tästä säännöksestä, että se ei tarkoittane kuitenkaan muodollista todistamisvelvollisuutta, minkä tueksi hän viittasi v. 1734 OK 17:20:ään (”tuomarin tulee ennemmin vapauttaa kuin tuomita syypääksi”).²⁹⁸

²⁹⁸ Sjöström 1948, s. 39 – 40. Sjöström (suomentajana Paavo Alkio) puhuu todistamisvelvollisuuden jakautumisesta.

4.2 Todistustaakan perinteistä määrittelyä

Vaikka termi todistustaakka on vakiintunut oikeustieteelliseen kirjallisuuteen,²⁹⁹ oikeuskäytännössä sanaa on käytetty viime aikoihin saakka säästeliäästi.³⁰⁰ On käytetty myös termiä näyttövelvollisuus merkitsemässä käytännöllisesti katsoen samaa ilmiötä. Tekstissä, joka on kohdistettu myös maallikoille, käytetään toisinaan ”selittävämpiä” ilmauksia kuten todistamisvelvollisuus.³⁰¹

299 Termi on käännöslaina niin ruotsista kuin saksastakin ja yhtä lailla englannin ilmaisun muodosta (bevisbörda, Beweislust, burden of proof). Todistustaakka-sanan ensimmäiset käyttäjät lienevät hämärän peitossa. Sonck, 1903 s. 48, viittaa bevisbörda-sanan kohdalla bevisningsskyldighet-termiin ja kääntää tämän toteennäyttövelvollisuudeksi tai todistamisvelvollisuudeksi (Sonck mainitsee esimerkkinä ”bevisningsskyldigheten öfvergår på svaranden – toteennäyttövelvollisuus siirtyy vastaajalle”, joten siis taakan siirtyleminen oli tunnettua.) – Halila 1955, s. 8 – 9, käsittelee sanaparia todistamisvelvollisuus vs. todistustaakka ja viittaa edellisen termin yleistymisen syynä siihen, että jälkimmäinen ”toi helposti mukanaan sellaisen käsityksen, että kysymyksessä olisi asianosaisen velvollisuus toimia todisteiden hankkimiseksi, mitä velvollisuutta nimenomaan siviiliprosessissa ei ole olemassa”. Havansi 1994, s. 96 ja 98 huomauttaa kyllä, että taakat eivät ole velvollisuuksia. – Sekä Halila että Havansi käyttää (samoin kuin Halila) näissä yhteyksissä velvollisuus-termiä merkityksessä, johon liittyy haittasanktiona ”yhteiskunnan/julkisvallan paheksuntaa osoittava virallinen vastareaktio repressiivi- tai pakkotoimin”, esimerkiksi OK 14:7:n mukainen sakko. Sama argumentaatio esiintyy Tirkkosella 1977, s. 110. Yleisen kielenkäytön mukaista on käsittääkseni kuitenkin nimittää sellaista taakkaa velvollisuudeksi – velvollisuudeksi sen suhteen, että velvoitettu prosessilajista riippumatta ylipäättään haluaa saada aikaan sen seuraamuksen, jota on ilmoittanut tavoittelevansa kanteessa tai syytteessä tai muutoin kyseisessä prosessin vaiheessa. Jommallakummalla asianosaisella on intressi väitteen toteennäyttämisestä. Näyttö otetaan kyllä huomioon riippumatta siitä, kumpi osapuoli sen esiintuo, ks. esim. Havansi 1994, s. 98 – 99. Tämä argumentti ei kuitenkaan tee kyseenalaiseksi velvollisuudesta puhumista. Ensinnäkin argumentti kiinnittää huomiota poikkeustapaukseen: on harvinaista eikä ainakaan systeeminmukaista, että ratkaiseva näyttö kanteen tueksi tuleekin vastaajan esittämästä näytöstä. Toiseksi, se seikka, että näyttöä kanteen tueksi voi tulla muualtakin kuin kantajan taholta, ei mitätöi sitä tosiseikkaa, että kantaja on ainoa, jonka huolena sellaisen näytön esittäminen on. Jos vastaaja epäonnekseen tuo kanteen tueksi esiin näyttöä, tämä sattumus ei käy perusteluksi sille, ettei kantajalla kuitenkin olisi koko ajan velvollisuus tuo näyttö esiintuoda. Jos pelaaja ampuu omaan maaliin, se ei poista pelin peruskuviota, pyrkimystä tehdä maali vastustajan verkkoon – jos haluaa ottelun voittaa. – Havansi 1994, s. 96 lausuu, että käytännössä todistustaakasta suoriutuminen useimmiten edellyttää asianomaisen aktiivista näyttötoimintaa oikeudenkäynnissä. Pidän tätä kovin lievästi sanottuna; käytännössä se aina edellyttää omaa aktiivisuutta. Jäljempänä yksityiskohtaisemmin käsiteltävässä presumptiotilanteessakaan eivät asianosaiset, ei edes presumption suosima osapuoli, voi juuri jäädä lepäämään ”laakereillaan”. – En siis pääse perille väitteestä, että riita-asiassa asianosaisella ei olisi näyttövelvollisuutta. Asianosaisen on myös toimittava aktiivisesti todisteiden hankkimiseksi, lienee aika kouriintuntuva totuus.

300 14.11.2019 tehdyn perushaun mukaan Finlex tuntee tasan sata KKO:n ratkaisua sanalla ’todistustaakka’; 32 ratkaisussa sana on merkitty otsikkoon hakusanaksi. Toisinaan, kuten ennakkopäätöksessä KKO 1995:139, todistustaakka esiintyy ainoana hakusanana. KKO:n ratkaisuperusteluissa ei sanaa paljon käytetä; KKO käyttää taakan kantamisesta tai paremminkin sen alle uupumisesta selittävää ilmaisua ”haitallisen seuraamuksen kärsiminen”. Hakuja voi tehdä eri tavoin; sen voisi myös aloittaa siitä, kun KKO:sta tuli varsinainen prejudikaattiuomoistuin eli vuoden 1980 alusta (104/1979). – Todistusoikeuden suomenkieliselletä käsittearsenaalille on ominaista hienoinen vajavuus. On olemassa keskeisiä käsitteitä, joille ei edes oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ole vakiintunut selkeitä suomenkielisiä vastineita; ehdotelmia ei ole puuttunut. Useat alkuperäisistä relevanteiksi osoittautuneista termeistä ovat peräisin pohjoismaisista kielistä, millä on luonnollinen selityksensä näissä maissa harjoitetussa vahvassa todistusoikeuden tutkimuksessa. Ehkä termien vakiintumista myös kirjallisuuden puolella on osaltaan estänyt arkuus, jolla legalistien perinteen omaavassa tuomioistuinkäytännössämme tieteelliseltä vivahtavienkin termien käyttöön on suhtauduttu. Onhan todistustaakka-käsitteen päässyt vasta suhteellisen hiljattain hakusanojen ja tuomioperustelujen käsittevarastoon oltuaan lainopin terminä pitkään – lähes 75 vuotta, jos lähtöpisteeksi kohtuudella asetettaisiin Jouko Halilan perusteos.

301 Esimerkiksi HE 1992:63 s.6: ”...ei muuta lain todistamistaakkaa koskevia periaatteita. Raskauteen, synnytykseen taikka muissa lainkohdassa tarkoitetuissa tilanteissa siirtyy todistamisvelvollisuus...” – Mitä kuvanee sitten se, että Mæland 2013, s. 198 käsittelee todistustaakkaa noin 280-sivuisessa, neljännen vuoden oikeustieteen opiskelijoille suunnatussa oppikirjassaan noin 1/3 sivua. Hänen mukaansa ”I bevislæren taler man undertiden om *bevisbyrde*.” Kursivointi Mælandin!

Alustava todistustaakan määritelmä voidaan koostaa kahdesta peruspiirteestä, positiivisesta ja negatiivisesta. Positiivisesti todistustaakka määrää, kumman asianosaisen on näytettävä tietty seikka toteen, negatiivisesti taas se määrää, että seurauksena näytön epäonnistumisesta tuota seikkaa ei voida panna ratkaisun perustaksi. Tirkkonen jakaa tarkastelukulman tällä perusteella kahtia eli asianosaisen ja tuomioistuimen näkökulmiin: edellisellä on toimimisvelvollisuus, jälkimmäinen ottaa taakan ratkaisun sisällössä huomioon.³⁰²

Määritelmässä voidaan havaita myös jakolinjaa sen mukaan, korostetaanko mainitulla tavalla tiettyyn seikkaan vai koko juttuun kohdistuvaa taakkaa ja seurausta, jos taakasta ei selviydytä. Kielenkäyttö on kahtalaista: perinteisessä määritelmässä pidetään silmällä koko jutun kohtaloa, mutta usein – kuten vanhan OK 17 luvun sanamuodossa – puhuttiin tietyn seikan näyttämisestä. Samoin nykyisen OK 17:1:n 1 ja 2 momentissa operoidaan seikan näyttämällä. Niin tai näin, lopputulos voi olla sama eli koko jutun häviäminen silloinkin, kun yksittäiseen seikkaan kohdistunutta näyttötaakkaa ei ole pystytty kantamaan.

Myös itse todistustaakan ”sisältö” voidaan jakaa kahtia: erityisesti common law’n piirissä todistustaakka, burden of proof, on jaettu kahteen osatekijään, todisteen esittämistä koskevaan taakkaan (burden of production) ja vakuuttamisen taakkaan (burden of persuasion). Näillä, käytännön jutun menestymisen kannalta relevantteilla ilmiöillä voidaan löytää osittaisia vastineita mannermaisesti todistelun käsitteistöstä.

Siitä, mitä siis todistustaakalla tarkoitetaan, saati mitä sillä tulisi tarkoittaa, ei ole kuitenkaan täyttä yksimielisyyttä. Myös käsitteen ”prosessioikeudellisuus” on kiistanalainen. Kategorisointi lieenee kuitenkin jokseenkin hyödytöntä. Riittäänee, että mainitut kaksi tunnusmerkkiä – positiivinen ja negatiivinen – ovat ilmaisun tosiasiallisia käytötapoja.

Todistustaakan määritelmät ovat lähteneet usein kahdesta hiukan erilaisesta lähtökohdasta. Jos on pidetty silmällä tuomioistuimelle ”annettua” sääntöä siitä, miten tietty tilanne on puutteellisen näytön tilanteessa ratkaistava, todistustaakkaa on ollut tapana luonnehtia *selvittämättä jäämisen riskiksi, riskiksi siitä, kumman asianosaisen on kannettava haitalliset seuraamukset siitä, että jokin relevantti seikka jää selvittämättä*. Tätä voidaan nimittää myös *aineelliseksi* määrittelyksi ja objektiiviseksi todistustaakaksi. Perinteistä määrittelyä edustaa Jouko Halilan esittämä luonnehdinta todistustaakan jaosta lähinnä tämän aineellisen määrittelyn pohjalta. Sen mukaan todistustaakan jaolla ymmärretään niitä tavallisesti kiinteinä pidettyjä normeja, mitkä tuomitsemishetkellä todisteiden *jäätyä* puutteellisiksi määräävät tuomion sisällön.³⁰³ Todistustaak-

302 Tirkkonen 1966, s. 132.

303 Halila 1955, s. 12. (Kursivointi tässä JR). Samansuuntaisesti Virolainen 1995, s. 45: todistustaakkasäännöt ”määräävät, kumman asianosaisen vahingoksi koituu se, ettei näyttökynnys ylity. Samalla todistustaakkasääntö määrää, mikä oikeustositseikka tai -seikasto pannaan tuomion perustaksi.”

kanormit ”sääntelevät, kumman asianosaisen vahingoksi tietyn relevantin seikan näyttämättä jääminen on koituva”.³⁰⁴

Tauno Ellilä luonnehti todistustaakkaa ’selvittämättä jäämisen riskiksi’.³⁰⁵ Tirkkosen määritelmän mukaan todistustaakkaa koskevat säännökset määrittävät, kumman asianosaisen on kärsittävä haitalliset seuraamukset siitä, että jokin jutun ratkaisulle vaikutuksellinen tosiseikka on jäänyt selvittämättä.³⁰⁶ Lappalaisen mukaan käsite todistustaakka tarkoittaa ”asianosaiselle lankeavaa riskiä siitä, että jokin hänelle edullinen oikeustositseikka jää vaille riittävää näyttöä. Todistustaakan rasittama asianosainen joutuu kärsimään selvittämättä jäämisen haitalliset seuraukset: tuomioistuin ei voi asettaa tuota oikeustositseikkaa ratkaisun perustaksi, vaan perustaksi tulee oikeustositseikan negatio, vastakohta.”³⁰⁷

Havansi on kiteyttänyt, että todistustaakan jaossa on perimmältään kysymys riskin kohdentamisesta.³⁰⁸ ’Kohdentaminen’ luonnehtiikin mielestäni hyvin todistustaakan funktiota ja merkitystä. Riskistä voidaan puhua sekä yksittäisen seikan, laajemman seikaston ja koko jutun oikeaksi todistamisen näkökulmasta. Kun tarkastellaan sitä, miten näyttövelvollisuus mistäkin seikasta jutun puitteissa järjestyy, olisi ehkä loogisinta puhua todistustaakan jaon sijasta todistustaakkojen jaosta. Kysymyshän ei ole siitä, että todistustaakka yksittäisen seikan kohdalla jaettaisiin asianosaisten kesken alun perin esimerkiksi ”kahtia” tai jossakin muussa matemaattisessa suhteessa, vaan koko näyttövelvollisuus seikasta kuuluu lähtökohtaisesti jommallekummalle asianosaiselle. *Tässä mielessä* – kuvaamassa todistustaakan kohdentamista toiselle – puhuminen *todistustaakan* jaosta on jossain määrin harhaanjohtavaa.³⁰⁹

304 Halila 1955, s. 2.

305 Ellilä 1976, s. 171.

306 Tirkkonen 1977, s. 109 – 110.

307 Lappalainen 2001, s. 307. Tämä määritelmä vastaa perinteistä todistustaakan määritelmää, koska se kiinnittää huomion siihen seuraamukseen, joka lankeaa sille asianosaiselle, joka ei selviä taakastaan. Kun näyttökynnyksen asettaminen luetaan osaksi todistustaakkaa, Lappalainen 2001, s. 296 määrittelee todistustaakanormiksi myös näyttökynnyksen korkeutta sääntelevät normit. Näyttökynnyksen asettamisen ”sijoittamista” koskevaa keskustelua käsitellään laajemmin näyttökynnystä koskevassa jaksossa.

308 Havansi 1998, s. 97. Havansi – joka esittää todistustaakka-sanalle tämän mukaisesti synonyymejä todistusvajausriski ja näyttövajausriski mutta pitää niitä kielellisesti heikompina kuin käännöslainaa todistustaakka – toteaa, että kysymys ei ole (oikeustositseikkakohtaisella perustasolla) riskinjaosta, ”koska aina täydet 100 % riskistä kyseisen oikeustositseikan osalta kohdennetaan vain toiselle osapuolelle, jakamatta sitä heidän kesken vähimmässäkään määrin”. Havansi viittaa vielä Halilaan, 1955 s. 3-5. Havansi toteaa Halilan korostavan todistustaakan kategorista joko-tai -luonnetta ja argumentoivan ”pois” sen käsityksen, että riidan objektiarvo näyttöillisesti epäselvissä tapauksissa tasattaisiin kantajan ja vastaajan kesken.

309 Kysymys taitaa olla semantiikasta. Ymmärtääkseni riskinjako-termiä käytetään siinä merkityksessä, että asianosaisista joko toinen tai toinen kantaa koko riskin siitä vaarasta, josta on kysymys, eikä tarkoituksaan olla ’osittaa’ tiettyyn tosiseikkaan kohdistuvaa taakkaa osapuolten kesken – sen sijaan kyllä jaella riskejä tilanteen mukaan eri seikkojen kohdalla. Tämän ”kohdistamisvarauksen” Havansikin, 1998 s. 97, tekee. Ristiriita syntyyne siitä edellä mainitusta kielenkäytön kaksinaisuudesta, että todistustaakasta puhutaan sekä koko jutun että yksittäisen seikan kannalta. OK:n terminologia sekä vanhassa että uudessa muodossaan lähtee ”seikkojen tasolta”. Tarkempaa kielenkäyttöä olisi puhua riskin sijoittamisesta tai säilyttämisestä jommallekummalle nimenomaisesti tietyistä seikasta tai koko jutusta, aina sen mukaan, kumpaa tarkoitetaan.

On kuitenkin olemassa tilanteita, joissa joko-tai -ajattelu ei ole osuvaa, koska riskiä todella konkreettisesti ruvetaan jakamaan osiin samastakin seikasta, tai joissa jakaminen ainakin vaikuttaa järkevältä. Joko-tai -ajattelu ei välttämättä sovellu sellaisiin oikeus- tai muihin tosiseikkoihin, jotka ovat määrällisiä, liuku- via suureita. Näitä on merkittävässä määrin niin rikos- kuin siviiliprosessissakin. Rikosprosessissa voi olla kysymys siitä, löikö syytetty asianomistajaa kerran, viisi kertaa tai jotakin siltä väliltä, kavallettiinko rahaa sata vai tuhat euroa, anastettiinko tietokoneita viisi vai viisikymmentä. Esimerkki riita-asian kysymyksestä on vahingonkorvauksen määrä: näyttöongelmatilanteessa lopputuloksena voi olla jokin määrä vaatimuksen täydellisesti hyväksymisen ja määrän täydellisesti hylkäämisen väliltä – tosin, jos määrä päädytään arvioimaan erityissäännöksen (nykyinen OK 17:2.3, vanha OK 17:6) nojalla, ilmeisesti täysi hylkääminen ei tule kysymykseen, jos kysymys on vain määrästä. Esimerkki osoittaa myös, ettei puhe taakan ”tasaamisesta” tunnu oikeaan osuneelta. Vahingon määrän suuruuteen saattaa vaikuttaa esimerkiksi syy-yhteyden ulottuvuuden arviointi, mutta tämä ei poista itse liukuvan suureen ongelmaa: määrällinen arviointi tapahtuu tällöin vain eri kohdassa, ulottuvuuden ”määrän” arviointina.³¹⁰ Elämän ilmiöt eivät ole – oikeudenkäynnissäkään – puristettavissa kuosiin. Usein oikeudellista termiä käytettäessä pidetään mielessä ongelmitta rajattavaa, ”kompaktia” kokonaisuutta, mitä elämän ilmiöt harvoin ovat.

Tirkkosen ja Halilan määritelmät esittävät asian yleisellä tasolla. Todistus- taakka on käsittääkseni kuitenkin aina, tarkastelutavasta riippumatta, olemassa *suhteessa johonkin, nimittäin seikkaan, seikastoon tai teemaan*. Aina kysymys on yksilöidyn proposition oikeaksi todistamisesta tai näyttämättä jäämisestä. Sovitettuna mainittuun määritelmään tämä tarkoittaisi täsmennystä siitä, että sääntö määrää tuomion sisällön kyseisen seikan, seikaston tai teeman osalta.³¹¹

Toisessa määrittelytavassa on merkillepantavaa *aikatekijään* suhtautuminen. Tämän määrittelyn taustaoletuksena on, että todistustaakkasääntö ”astuu näyttämölle” vasta siinä vaiheessa, kun näyttö on punnittu *ja havaittu riittämättömäksi*. Sopusoinnussa mainitun määrittelyn kanssa on näkemys, että näytön riittävyuden arviointi edeltää todistustaakan aktualisoitumista, joka tapahtuu *vain silloin*, kun näyttö ei ratkaisijan mielestä ole riittävä.³¹²

310 Esimerkkinä voi olla sen arvioiminen, miten pitkälle syy-yhteys työsopimuksen laittoman päättämisen ja työntekijän jatkuvan työttömyyden ja sen myötä siitä kärsimän vahingon välillä ulottuu; tällainen arviointi voidaan konkreettisestikin kuvata aikamääreinä, esimerkiksi 12 tai 24 kuukautta.

311 Seikasto voidaan määritellä kokonaisuudeksi, mihin kuuluu useampia seikkoja. – Tekstissä mainittu täsmennys vaikuttaa itsestäänselvyydeltä. Aina ei kuitenkaan käy selville, minkä seikan todistamista oikeastaan tarkoitetaan.

312 Esimerkiksi Per Augdahl 1961, s. 104 – 105 analysoidessaan, kumpi on ensin, todistustaakka vai todistusharkinta, käy läpi molemmat vaihtoehdot, mutta on itse perinteisellä kannalla: todistusharkinta on ”primääri”. – Perinteisellä kannalla on ymmärtääkseni myös Timonen 1988, s. 354 alaviitteen 75 lopussa.

Halilan määritelmän ongelma on siinä, että tarkkaan ottaen tuomion ”aineellisen” sisällön määräävät viime kädessä aineellisoikeudelliset normit, karkeasti sanoen niiden sisältämien tunnusmerkistöjen olemassaolo tai ei-olemassaolo. Jos sopimuksen syntyminen tai lainan maksu jää näyttämättä, ”seuraamukset” tuomitaan aineellisen oikeuden normin pohjalta. Tässä mielessä on selvempää puhua (lähtökohtaisen) todistustaakan määritelmänä siitä, kuka kantaa riskin haitallisista seuraamuksista, jos jokin tunnusmerkistötekijä jää selvittämättä.

Toinen todistustaakan määrittelytapaa pitää silmällä enemmänkin asianosaisen toimintaa ennen tuomioistuinmenettelyä ja tuomioistuimessa. Tämän mukaisesti todistustaakkaa on luonnehdittu velvollisuudeksi näyttää tietty seikka toteen, hankkia todisteet sen tueksi. Lähestymistapaa on kutsuttu todistustaakan *muodolliseksi* määrittelemiseksi tai subjektiiviseksi todistustaakaksi.³¹³

Se, että seikan toteennäyttämiseen velvollinen osapuoli häviää jutun kyseisen seikan osalta ja sen myötä mahdollisesti koko juttunsa, on mielestäni saanut vanhemmassa kirjallisuudessa turhankin suuren painotuksen. Tätä nimitin edellä tarkastelun ”negatiiviseksi” puoleksi. Tarkastelukulma ei ole niinkään ollut todistustaakan ”positiivinen” puoli: milloin ja miten todistustaakka voidaan ”kantaa”, toisin sanoen mitä näyttövelvollisuuden riittävyys on ja miten se riittävästi täytetään. Kun vaadittavan näytön määrä eli näyttökynnys on meiläkin tullut laajemmalti tietoisopin mielenkiinnon kohteeksi ja näytön määrään keskittyvät pohjoismaiset todistusharkintateoriat ovat jossakin määrin ”lyöneet itsensä läpi”, tässä ei havaitakseni ole nähtävissä enää ongelmaa.

Painottamalla positiivista puolta eli näyttövelvollisuutta tavoitetaan olenaisesti paremmin todistelun dynaamisuus. Velvollisuus näyttää seikka toteen aktualisoituu jo silloin, kun asianajaja miettii päämiehensä kanssa, mitä heidän tulee näyttää toteen, mitä todisteita on saatavilla, mitä milläkin todisteella voidaan toivoa näytettävän toteen eli miten vahvoja ne ovat ja niin edelleen. Todistustaakka eli näyttövelvollisuus ilmenee prosessin aikana myös todistelun järjestyksessä: väitetystä seikasta näyttövelvollinen esittää näyttönsä ensin. Nämä taakan ilmentymät koskevat yhtä lailla syyttäjää jo hänen harkitessaan, onko oikeudenkäyntiä varten saatavissa näyttöä. Puolustaja tietää näyttövelvollisuuden lankeavan pääasiallisesti syyttäjälle ja rakentaa puolustustaan tämän pohjalle.³¹⁴

Todistustaakka on olemassa myös prosessuaalisissa kysymyksissä. Esimerkiksi preklusiotilanteissa todistustaakka on sillä asianosaisella, joka haluaa preklusiotilanteessa tuoda juttuun uuden oikeustositseikan tai todisteen. Hänen

313 Halila 1955, s. 9. Halila pitää erottelua lähinnä saman asian tarkastelemisena eri puolilta. Tämä käsitys on epäilemättä oikea. – Lähinnä tätä määrittelytapaa näyttää edustavan Bolding 1951, s. 28 alaviite 36: todistustaakkasääntö on sääntö, jonka mukaan näyttövaatimus kohdistetaan jompaankumpaan asianosaiseen.

314 Ks. myös Lappalainen 2001, s. 296 – 297.

on näytettävä toteen, että esittämisen edellytykset, kuten pätevä syy uuden todisteen esittämiseksi, ovat olemassa.³¹⁵

Jäljempänä tulee esille termi ”väärä” todistustaakka, joka tarkoittaa todistelutilanteen mukaan siirtyvää tai siirtynyttä taakkaa.³¹⁶ Mitään ”väärää” siinä ei ole, vaan termi on suora käännös ruotsista. Nimitän sitä, tarkasteluajankohdasta riippuen, *siirtäväksi* tai *siirtyneeksi todistustaakaksi*, ja silloin kun on tarpeen, nimitän edellä esitettyä taakkaa *lähtökohtaiseksi todistustaakaksi*.

Edellä mainitusta objektiivisen ja subjektiivisen dikotomiasta eroaa toinen, eri perusteeseen nojautuva mutta samaa attribuuttiparia käyttävä taakkojen kahtiajako. Objektiiviseksi taakkaa sanotaan siinä dikotomiassa silloin, kun kyseisen seikan huomioon ottaminen tai todisteen esittäminen ei ole riippuvainen siitä, kumpi osapuoli sen esittää; vastaavasti subjektiivisessa taakassa näin on laita. Tässä jaottelussa todistustaakka on epäilemättä objektiivinen taakka: todisteen huomioon ottaminen - toisin kuin esimerkiksi vaatimuksen tai yleensä väitteen huomioon ottaminen - ei ole sidottua siihen, että juuri tietty asianosainen sen esittää.³¹⁷

Mihin todistustaakkanormit tarkkaan ottaen kohdistuvat? Edellä on puhuttu seikasta toteennäyttämisen kohteena. Tarkempaa on puhua väitetystä seikasta, propositiosta, ja sen paikkansapitävyydestä. Edellä on analysoitu erilaisia

315 Näin myös Lappalainen 2002, s. 81. Kun käräjäoikeuspreklusiota koskevan säännöksen sanamuotoa OK 6:9.2:ssa vuonna 2002 muutettiin todisteiden kohdalla siten, että synn näyttökynnys alennettiin todennäköisestä oletettavaksi ja maininta todisteseen vetoavasta asianosaisesta synn pätevyuden näyttäjänä häilytettiin, Jokela 2015, s. 43, näyttäisi olevan sillä kannalla, että todistustaakan ”on tarkoitettu uudistuksen myötä siirtyneen asianosaiselta tuomioistuimelle”. Jokela kyllä esittää useita varauksia (”sikäli kuin todistustaakasta varsinaisesti voidaan enää puhua” ja ”luonnollisestikaan tuomioistuimen todistustaakka ei ole samanlaista kuin asianosaisen, vaan ratkaisevaa on tuomioistuimen kokonaisarvio siitä, voidaanko todisteseen vetoamatta jättämiseen otaksua olleen kaikki asiaan arviointiin vaikuttavat seikat huomioon ottaen pätevä syy”). Jokela myöntää, joskin ”eri asiana”, että ”uuteen todisteseen vetoavalla on edelleen tosiasiallinen intressi esittää selvitystä hyväksyttävästä syyistä todisteen myöhäiselle esittämiseen”. Vrt. kuitenkin Jokela 2015, s. 690 hovioikeuspreklusion kohdalla: ”*Todistustaakka* anteeksiantoperusteen olemassaolosta on samoin kuin käräjäoikeusvaiheessakin asetettu sille, joka haluaa vedota kyseiseen seikkaan tai todisteseen...” (kursivointi Jokelan). – Vaikka Ruotsissa olisikin katsottu (Jokela viittaa Lindelliin 1993, s.138) todistustaakan kuuluvan preklusiosta tuomioistuimelle, olisin tässä kysymyksessä perinteisellä linjalla. Nähdäkseni on koko lailla teoreettista sanoa esimerkiksi, että tuomioistuin kantaisi ”riskin” prosessikysymyksen ratkaisemisestaan yhteen tai toiseen suuntaan, eikä se kilpaile asianosaisten kanssa mistään – ei edes prosessiekonomiselta kannalta. – Välimaa teoksessa Sippo – Välimaa 2013, s. 230 – 231 Lindelliin tukeutuen katsoo, että näyttökynnyksen laskemisessa ”oletettavaksi” ”ideana on, että tuomioistuin arvioi (viran puolesta) asiassa esitetyn selvityksen valossa, voidaanko todisteen vetoamatta jättämiseen otaksua olleen pätevä syy. Tässä mielessä asianosaisen todistustaakasta tässä suhteessa ei enää voida varsinaisesti puhua.” – Kyllähän tuomioistuin aina arvioi – virkansa puolesta – onko mikä tahansa näyttökynnys ylitetty, ja kai on mielekästä ajatella, että asianosainen itse sentään on se taho, joka huolehtii ”selityksensä” oletettava-kynnyksenkin ylittymisestä. Toinen asia on, että vastapuolen suostumukselle on annettu tässä rooli. Nähdäkseni Lappalaisen kanta on johdonmukainen.

316 Esim. Lappalainen 2001, s. 314 –315. Hän mainitsee synonyymit epäaito tai toissijainen todistustaakka. Jerkø 2017, s. 116 ja 121 käyttää erotteluun termejä oikeudellinen ja kontekstuaalinen todistustaakka, mutta jälkimmäinen ei täysin vastaa ”väärää” taakkaa siinä mielessä, että hän lukee kontekstuaalisen piiriin myös muun ohella faktisten ja legalisten presumptioiden sääntelemät taakat.

317 Esim. Havansi 1994, s. 96 ja 98 – 99. – Vrt. kuitenkin väitteen kohdalla: jos esimerkiksi kantaja väittää että *f*₁ ja vastaaja sen kiistää, tuomioistuimen pöydällä on myös *ei-f*₁, ilman että vastaaja nimenomaisesti sanoo siihen vetoavansa (tietysti kanteen kiistämistä voitaisiin nimittää *ei-f*₁:een ”vetoamiseksi”). Vasta jos vastaaja väittää sen tilalla oman seikkansa *f*₂ eli vastatosiseikan, hän on velvollinen näyttämään sen toteen.

seikkojen jakotapoja ja määritelmiä. Kelpaavatko kaikki seikat, kaikki väitteet todistustaakan kohteiksi?

Lappalaisen mukaan todistustaakkanormit eivät ulotu jutun oikeuskysymyksen puolelle. Hän lausuu erottelun olevan toisinaan vaikeaa, mutta periaatteellisesti tärkeää. Lappalainen tarkoittaa oikeuskysymyksellä kysymystä, miten jutun oikeustositseikastoa on oikeudellisesti arvioitava. Samassa yhteydessä hän lausuu, että todistustaakan ja näytön riittävyyskysymyksen ulkopuolelle jää myös oikeustositseikkojen arvottaminen. ”Todistelu ja näytön riittävyysarviointi kohdentuvat sen selvittämiseen, ”mitä on tapahtunut”. Tähän selvittelyyn eivät kuulu arvoarvostelmat. Nämä tulevat mukaan vasta tapahtumaselvitteilyn jälkeen samalla tavoin kuin oikeustositseikkojen juridisen merkityksenkin arviointi.” Näin siis nuo arvottamiset eivät hänen mukaansa kuulu myöskään todistustaakan ja näytön riittävyyskysymyksen piiriin.³¹⁸

Lappalaisen kiteyttämä näkemys perustuu jo ainakin Leo Rosenbergin ja Eckhoffin esityksiin. Kysymystä todistustaakan ulottuvaisuudesta on käsitellyt laajalti muun muassa Bolding. Näkökannassa on merkillepantavaa sen kategorisuuden ohella se, että se näyttäisi kohdistuvan vain oikeustositseikkoihin.

Jos oikeudessa käsiteltävä maailma koostuisi pelkästään konkreettisista havaintokappaleista, joilla ei olisi mitään ominaisuuksia ja jotka ”tapahtuisivat” jollakin täysin mekaanisella, predestinoidulla tavalla, mainittu väite voisi pitää paikkansa. Näin ei luonnollisestikaan ole. Pelkät luonnontieteen lait eivät myöskään ole oikeustieteen ja -käytännön ensisijainen mielenkiinnon kohde. Kysymykseen arvo- ja laatuominaisuuksista, niihin lukien oikeudellinen ”laatu”, näytön ja sitä sääntelevien normien kohteina palaan vielä myöhemmin.

Samoin siihen periaatteelliseen kysymykseen, koskeeko todistustaakka tai näyttövelvollisuus ja niihin liittyen näytön riittävyysvaatimus kaikkia prosessissa esille tulevia tosiasiaväitteitä – eli Lappalaisen mainitsemien oikeustositseikkojen lisäksi yhtä lailla niin sanottuja todistus- ja aputositseikkoja ja koke-mussääntöjä, palaan jäljempänä.

318 Lappalainen 2001, s. 317 – 318.

4.3 Todistustaakkasääntöjen ryhmittelyä ja jakoa koskevia teorioita ja periaatteita

4.3.1 Perinteisiä ryhmitys- ja jakoperusteita

Todistustaakan jaon pääsääntönä on perinteisesti pidetty roomalaisen oikeuden piirissä syntynyttä, Pauluksen muotoilemaa sääntöä *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, näyttövelvollisuus kuuluu sille, joka esittää vaatimuksen, ei sille, joka kiistää.³¹⁹ Muina roomalaisesta oikeudesta periytyvinä keskeisinä todistustaakkasääntöinä on ollut tapana mainita ainakin *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* ja *reus expiando fit actor*.³²⁰

Todistustaakan saksalaisperäinen ”teoria” niin sanottu *normiteoria* sisältää lähinnä edellä mainitun säännön *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*.³²¹ Normiteorian keskeisenä osana on jako säännönmukaisiin normeihin ja poikkeusnormeihin. Normiteoria selittyy pitkälti BGB:n taustaa ja rakennetta vasten. BGB:n normeihin pyrittiin sisällyttämään mahdollisimman suuressa määrin määräykset myös näyttövelvollisuudesta. Normiteorian mukaan näytösäännöt kävisivät siis ilmi ”normista” eli juuri BGB:sta, sen lauserakenteesta (”Satzbaulehre”).³²² Kun normiteorian mukaan todistustaakkakysymys pyritään ratkaisemaan käyttämällä hyväksi aineellisoikeudellisia normeja eli juuri säännönmukaisia normeja ja poikkeusnormeja, tämän teorian mukaisen todistustaakkaopin on sanottu muodostuvan aineellisen oikeuden tulkinnaksi.³²³

Normiteoriaa merkittävämpiä ajatteluteknisiä apuvälineitä ovat olleet relevanttien tosiseikkojen ryhmittelyyn perustuvat teoriat.³²⁴ Keskeistä niissä on

319 Halila 1955, s. 22 – 23. Todistustaakkainstituution kehittämisestä keskiajalla ja 1800-luvulla ks. Halila 1955, s. 23 – 28. Eräs lausuman pohjalta kehitelty ”teoria” on ollut negatiiviteoria, jonka mukaan kielteiseen seikkaan vetoavalla ei ole todistustaakkaa, koska sellaista ei edes voitaisi näyttää toteen. Tämän teorian eräs muunnos on ollut jatkuvusteoria. Näistä Tirkkonen 1977, s.113 – 114.

320 ”Todistamisen välttämättömyys kuuluu aina sille, joka kantaa” ja ”väitteen tekeminen saa asianosaisen muuttamaan kantajaksi”. Jälkimmäinen sääntö merkitsi siis sitä, että tällainen vastaaja konstruointiin kantajan rooliin, ks. Halila 1955, s. 22. – Tämä on pääsääntö, mutta siitä on poikkeuksia.

321 Normiteoria on Leo Rosenbergin alan edelleen keskeisessä teoksessa *Beweislast* (viimeinen painos vuodelta 1965) esittämä termi. Ks. Halila 1955, s. 55 – 58: hän mainitsee OTL 28.2 §:n esimerkkinä suomalaisesta säännöksestä, jossa aineellisen oikeuden normista saadaan johtoa todistustaakkasääntöä etsittäessä. Halila huomauttaa kuitenkin, että se harkinta, että myös riski ilmoituksen tapahtumisen selvittämisestä asetetaan samalle henkilölle jolle pakon kohteeksi joutuneen on pakon käyttämisestä ilmoitettava, ei kuitenkaan ole ”lainkohdan sanamuodon orjallista hyväksi käyttämistä, vaan materiaallisen säännöksen sisällön ja tarkoituksen avulla tapahtuvaa tulkintaa.” – Halila selostaa jakoa säännönmukaisiin normeihin ja poikkeusnormeihin ja sen kehittymistä sekä oppia vähimmäistunnusmerkistöstä s. 51 – 55.

322 Halila 1955, s. 55. – Tirkkonen 1977, s. 114, huomauttaa aiheellisesti, ettei aineellisoikeudellisia normeja säädettäessä yleensä ole pidetty silmällä todistustaakan jakoa ja että monissa maissa, kuten Suomessa, yksityisoikeus on melkoiselta osalta tavanomaisen oikeuden varassa. – Tirkkosen huomautukset eivät pidä enää paikkaansa siinä määrin kuin niiden esittämishetkellä, sillä melkoinen määrä siviilioikeutta on kodifioitu lainsäädäntöön ja uusista lainvalmistelutöistä saa käsityksen, että myös näyttöön liittyviä ongelmia on pohdittu. Jäljempänä mainitaan esimerkkejä tästä. Silti Satzbaulehren omaksumiseen ei taida olla edellytyksiä.

323 Näin Tirkkonen, 1977, s. 116.

324 Näistä Tirkkonen 1977, s. 114 – 115, ja Halila 1955, s. 34 – 38.

ollut tosiseikkojen jako toisaalta oikeuden syntymistä tarkoittaviin ja toisaalta sen lakkaamista tarkoittaviin seikkoihin. Sillä, joka vetoaa tietyn oikeuden tai oikeussuhteen olemassaoloon, on tällaisen teorian mukaan näyttövelvollisuus tuon oikeuden syntymisen edellytyksinä olevista seikoista, kun taas oikeussuhteen lakkaamiseen vetoavan on näytettävä toteen lakkaamisen edellytyksinä olevien seikkojen olemassaolo.³²⁵ Toinen analysoidumpi jako on ollut tosiseikkojen kolmijako, jossa oikeuden syntymisen edellytykset on jaettu vielä kahtia, nimittäin oikeuden syntymisen erityisiin ja yleisiin edellytyksiin. Yleiset edellytykset ovat tällöin näyttäytyneet negaatioinaan sikäli, että vastapuolen on näytettävä puute näissä edellytyksissä. Tämän lisäksi vastapuolen on näytettävä siis oikeutta kumoavat seikat, kun taas oikeuteen vetoavan on näytettävä oikeuden syntymisen erityiset (tyypilliset) edellytykset.³²⁶

Olivecronan ja nykyään ehkä leimallisimmin Ekelöfin nimeen on liitetty se todistustaakan asettamisessa suositeltu periaate, jonka mukaan jaon tulee vahvistaa aineellisen oikeuden normien toteutumista, ”lyödä niitä läpi”. Tämä alun perin Uppsalan koulukuntaan liitetty periaate on saanut useita seuraajia, Ruotsissa esimerkiksi Robert Bomanin. Hän tuo esiin, että mainitun periaatteen mukaan tärkeimpiä ovat todistustaakasääntelyn vaikutukset oikeudenkäynnin ulkopuolelle.³²⁷ Tarpeettoman oikeudenkäynnin välttämiseen riittää, että toinen asianosainen on varmistanut niitä. Itse näyttövelvollisuus on asetettava niin, että se vaikuttaa samaan suuntaan kuin siviilioikeudellinen sääntö, ja viimeksi mainitun ratio legis on siis selvitettävä. Todistustaakasäännöllä voi olla preventiivisen ohella myös reparatiivinen vaikutus.³²⁸

Tybjergin nimeen on liitetty teoria, joka pyrkii keventämään kantajan ensisijaista taakkaa antamalla merkitystä sille, kumman asianosaisen on helpompi

325 Tirkkonen 1977, s.114, huomauttaa siitä, että oikeussuhteen lakkaamiseen vetoavan näyttövelvollisuudesta vallitsee laaja yksimielisyyden etenkin Pohjoismaissa, mutta että oikeuden syntymisen edellytyksiä tarkoittavien seikkojen osalta on pidetty ongelmana, että seikkojen ryhmä on liian suuri, ja on pyritty löytämään kriteeri, jolla tiettyjen seikkojen todentamistaakka voitaisiin siirtää vastapuolelle. Halilan 1955, s. 36 mukaan tämä on ollut todistustaakkaopin keskeisiä probleemoja ”jo noin puolentoista vuosisadan ajan”. – Ellilä 1976, s. 171 – 172 lausuu, että kantajan on näytettävä oikeutta perustavat, vastaajan oikeuden syntymistä ehkäisevät tosiseikat, mutta hän huomauttaa, ettei taakan kohdistumista tule tulkita kaavamaisesti. Oikeustoimeen vetoavan on näytettävä sen tyypilliset syntyperusteet, oikeudensyntymistä ehkäisevän väitteen esittäjällä on tästä todistustaakka.

326 Tirkkonen 1977, s. 115 katsoo, että Suomessa tosiseikkojen kolmijakoon perustuva jako on ”varsin yleisesti omaksuttu”. Sitä on hänen mukaansa kuitenkin täydennetty eräillä muilla säännöillä, kuten säännönmukaisuus- eli todennäköisyysperiaatteella, ”mikä pohjimmiltaan tarkoittaa samaa”. – Myös käsitys, että kantaja on periaatteessa näyttövelvollinen oikeuden syntymisen sekä yleisiin että erityisiin edellytyksiin nähden, on saanut Tirkkosen 1977, s. 125, mukaan kannatusta.

327 Boman 1990, s. 114 (”på sladden min ringhet” = joukon jatkeena minun vähäpätöisyyteni). Boman jopa jakaa todistusharkintateoreetikot yleensäkin kahteen ryhmään, niihin jotka pitävät todistustaakasääntöjä oikeastaan vain apuneuvona yksittäisen jutun ratkaisemiseksi (eli konfliktinratkaisuteorian kannattajat ja aineellisesti mahdollisimman oikeaan ratkaisuun pääsemistä kannattavat), ja toisaalta niihin, jotka pitävät todistusharkintasääntelyä tärkeänä siviilioikeudellisen sääntöjärjestelmän täydentäjänä.

328 Boman 1990, s. 114 – 116.

tai kummalla on erityinen aihe hankkia näyttöä.³²⁹ Odin Augdahl on kehittänyt teoriaa edelleen. Augdahl siirtyy nähdäkseni tässä oikeastaan todistusharkinnan puolelle. Lähtökohtana on yleisiin kokemussääntöihin perustuva todennäköisysharkinta. Jos se ei auta, kysytään, onko jompikumpi laiminlyönyt selityksen esittämisen, vaikka hänellä olisi ollut siihen erityinen aihe ja myös mahdollisuus.³³⁰ Viimesijaisesti on turvauduttava todistustaakkaan³³¹. – Todisteiden varmistamista ja varautumista näyttöön on korostanut myös Ekelöf.

Eräs niistä argumenteista, jotka ohjaavat todistustaakan – samoin kuin näyttökynnyksen – asettamista, on jo yleisessä päätöksentekoteoriassa mainittu hyödyn maksimoinnin eli sen utiliteetin, lähinnä ratkaisun seurausten, huomioon ottaminen ja niiden arvoarviointi. Tämä näkökohta eroaa laadultaan jonkin verran esimerkiksi lakien ”läpilyöntiin” tai tosiseikkojen muodolliseen laatuun perustuvista argumenteista. Ilkka Niiniluoto ilmaisee asian yleisen päätöksentekoteorian kannalta: ”Rationaalisen päätöksenteon teoriaan tulee siten kuulua elementteinä sekä päätöksentekijän uskomuksen asteet, subjektiiviset todennäköisyydet, että arvostusten asteet, utiliteetit... Esimerkiksi tehtäessä päätöstä uuden lääkkeen markkinoille laskemisesta tai rikoksesta syytetyn tuomitsemisesta elinkautiseen vankeuteen on järkevää ottaa huomioon mahdollisen virhepäätöksen seurausten vakavuus. Induktiivinen käyttäytyminen merkitsee siten tästä näkökulmasta rationaalista päätöksentekoa, jossa otetaan huomioon paitsi vaihtoehtoisten hypoteesien a posteriori -todennäköisyydet myös niiden käytännöllisten seurausten utiliteetit.”³³² Tämä näkökohta tulee esille useissa eri yhteyksissä, mutta ehkä eniten siihen on kiinnittänyt huomiota Klami seuraavassa jaksossa todettavalla tavalla. Joka tapauksessa klassinen esimerkki siitä on kysymys, mikä on yhteiskunnan sietämä virhemarginaali esimerkiksi rikosjuttujen kohdalla – yksi syytön tuomitaan kymmentä, sataa, tuhatta oikeata tuomiota kohden? Samalla tähän näkökohtaan liittyy kysymys toimivallan jaosta lainsäätäjän ja -käyttäjän välillä.

Rikosprosessissa yleinen todistustaakan jakosääntö on yksinkertainen: taaka kuuluu syyttäjälle. Tämä sääntö on nähty osana syyttömyysolettamaa. Sääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton. Tavallisimmin mainittu ja esiintyvä poikkeus koskee hätävarjelua ja pakkotilaa, joiden osalta syytetyllä on katsottu voivan olla velvollisuus tuoda esiin seikkoja, jotka tekevät hänen väitteensä todennäköiseksi. Asiantila voi kyllä käydä ilmi oikeudenkäyntiaineistosta tuomioistuimelle ilman

329 Halila 1955, s. 70.

330 Augdahl 1929, s. 64 – 65. Hän painottaa lainsäätäjän tehtävää todistustaakan jakamisessa, mutta katsoo, että jos lain säännöstä todistustaakasta ei ole, tuomarin tulee toimia niin kuin hän toimisi, jos olisi itse lainsäätäjänä.

331 Ks. Tirkkonen 1977, s. 118 ja Halila 1955, s. 69 – 76.

332 Niiniluoto 1983, s. 77. Hän huomauttaa, että periaate ”valitse toiminnan pohjaksi todennäköisin hypoteesi” ei johda rationaaliseen päätökseen kuin erikoistapauksissa.

väitetäkin, eräänlaisena ”vaihtoehtoisena hypoteesina”,³³³ eikä väittämistään kasta sanan totutussa merkityksessä ole kysymys. Toisena vaiheena syyttäjän on joka tapauksessa esitettävä näyttöä väitteen tai asiantilan kumoamiseksi. Kysymyksessä voisi ajatella olevan eräänlainen presumptio, jossa tosin kummankin asianosaisen probansit kohdistuvat samaan probandaan, anteeksianto- tai vastuuvapausperusteen olemassaoloon. Myös lainsäädäntö voi sisältää erilaisia presumptioita, joiden kumoaminen lankeaa lähtökohtaisesti syytetylle. EIT on pitänyt tällaista sääntelyä mahdollisena. Samoin EIT on katsonut, että todistelutilanne voi muodostua sellaiseksi, että syyttäjän todistustaakasta huolimatta syytetylle jää ainakin jonkinasteista todennäköisyyttä sisältävä selvittämismahdollisuus. Rikosoikeudellisia presumptioita käsittelen laajemmin muiden presumptioiden yhteydessä, mutta jo tässä voi todeta, että EIT:n kanta ei ole niin absoluuttinen kuin toisinaan on annettu ymmärtää.³³⁴

4.3.2 Klamin neljä argumenttia ja Kaplanin kaava

Klami on käyttänyt todistustaakan määräämistä koskevassa esityksessään Kaplanin kaavaa, jolla voidaan matemaattisesti ilmaista suuntaan tai toiseen olevan väärän päätöksen aiheuttaman haitan suhde tuomioistuimen vakuuttumisen todennäköisyyteen. Kaava on muotoa

$$P_{\min} > 1 / (1 + Dg / Di)$$

P_{\min} on sen todennäköisyyden alin määrä, joka vaaditaan tiettyyn ratkaisuun, kuten tuomarin vakuuttuneisuuteen. Dg on syyllisen vapautumisesta koituva haitta ja Di on syyttömän tuomitsemisesta koituva haitta.³³⁵

333 Jäljempänä käsittelen muiden ohella hypoteesimetodia. Käsitykseni mukaan juuri kuvatuissa tilanteissa myös tuomioistuimen innovatiivinen aloitteellisuus voi olla paikallaan.

334 Vrt. esimerkiksi Virolainen – Pölönen 2003, s. 192 alaviite 80, jossa *Telfner*- ja *John Murray*-tuomioihin viitaten todetaan EIT:n katsoneen, että syyllisyyttä koskevan näyttövelvollisuuden siirtäminen syyttäjältä syytetylle on ristiriidassa EIS 6.2 artiklan syyttömyysolettaman kanssa, ja seuraava alaviite 81 (s. 193).

335 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 79 – 80. Tekijät huomauttavat, että kaava edellyttää riskinoton lineaarista, suoraviivaista strategiaa ja että se ei ota (erikseen) huomioon niitä mahdollisia haittoja, jotka liittyvät sellaisinaan oikeisiin ratkaisuihin, koska kaava ei ole tekemisissä näytöllisen epävarmuuden kanssa. Lisäksi kaava lähtee olettamuksesta, että molemmansuuntaisiin väärin ratkaisuihin liittyy haittaa: jos Dg olisi 0, tulisi mahdolliseksi epärealistinen täyden varmuuden eli 100 prosentin vaatimus, ja jos Di olisi 0, ei tarvittaisi käytännöllisesti katsoen lainkaan todistelua, koska kaavan oikea puoli olisi tällöin $1 / (1 + x / 0) = 1 / 1 + \infty$. – Kaplanin kaava on myös muun ohella Jonkalla 1991, s. 105 ja Klamilla 2000, s. 39. Tässä yhteydessä Klami huomauttaa, että kysymys on minimiarvon määrittämisestä ja että käytännössä voidaan uskoa saavutettavan syyllisyydestä tai syyttömyydestä paljonkin korkeampia arvoja. Hän viittaa Kaplanin esimerkkiin, jossa tämä asetti väärälle päätökselle ensi asteen murhasta syylliseksi langettavaan suuntaan arvoluksi 100 (kuolemantuomio) ja väärälle vapauttavalle päätökselle arvoluksi 20: silloin päädytään vähimmäistodennäköisyyteen (Klami: ”vain”) 83,3 %. -

Kaavan mukaan todennäköisyyden minimiarvon tulee olla suurempi kuin 1 jaettuna arvolla $(1 + D_g / D_i)$; ensin arvioidaan D_g ja D_i , sitten määrätään näiden suhde, sitten lasketaan osamäärä 1:een ja tämä tulos tulee viivan alle, eli 1 jaetaan osamäärän ja 1:n summalla.

Klami työryhmineen on käsitellyt todistustaakkaa ja näyttökynnystä toistensa yhteydessä ja katsoo, että molempien tulisi olla joustavia. Hän mainitsee neljä argumenttia todistustaakan jaon perusteina:

- 1) tietyn seikan alkuperäistodennäköisyys yleisen elämäkokemuksen valossa, esimerkiksi: oikeustoimet ovat yleensä vastikkeellisia.
- 2) Aihe ja mahdollisuudet varautua näyttöön ja esittää sitä oikeudenkäynnissä, esimerkiksi: joka maksaa velan, vaatikoon siitä kuitenkin
- 3) Eri oikeussäännösten tavoitteet.
- 4) Väärästä päätöksestä aiheutuvan riskin sosiaalinen kantokyky, esimerkiksi: rikosjutussa on rangaistus väärin tuomitulle niin suuri haitta, että näyttökynnyksen on oltava korkea.³³⁶

Klami katsoo, että näkökohdilla on ”mitä ilmeisimmin” merkitystä *myös todistusharkinnassa*, kun mietitään, *onko tietyssä jutussa esitetty näyttö riittävä*.³³⁷

Klami työryhmineen esittää kuitenkin metodilla oletuksena olevan viidennen askeleen, joka tarkoittaa mainittujen neljän haittojen mittauksessa käytetyn kriteerin hierarkista vertailemista pareittain toisiinsa AHP-menetelmällä (Analytic Hierarchy Process).³³⁸ Jos ymmärrän oikein, tämän analyysin keskeinen suorittamisvaihe liittyisi ennemminkin näyttötuomarin todistusharkintaan³³⁹ kuin todistustaakan asettamiseen – joskin näyttökynnyksen joustavuutta kannattavan Klamin esityksen suhteen todistustaakan osana olevan näyttökynnyksen asettamisen ja todistusharkinnan välille lienee hankala rakentaa korkeita raja-aitoja.

336 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 80 ja Klami 2000, s. 82 – 83.

337 Klami 2000, s. 82 – 83. Kursivoinnit Klamin.

338 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 80.

339 Ks. näkemyksen tueksi esimerkiksi Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 83, jossa *practical judge* saa puheenvuoron.

4.3.3 OK 17 luvun yleissäännöksistä ja niiden merkityksestä todistustaakkaproblematiikalle

4.3.3.1 Ruotsi-Suomen laista nykylakiin

Jo vuoden 1734 OK 17:33:ssa oli todistustaakkaa koskeva yleisnormi:

”Kantajan tulee laillisesti näyttää kanteensa toteen, muuten olkoon vastaaja vapaa. Jos vastaaja tuopi esiin jonkin asianhaaran, sillä itseään puolustaaksensa, tulee hänenkin vahvistaa se todistuksilla.”

Vuoden 1949 alusta voimaan tulleen OK 17:1:ssä (571/1948) säädettiin todistustaakasta seuraavalla yleissäännöksellä:³⁴⁰

Riita-asiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Jos vastaaja edukseen tuo esiin jonkin seikan, on hänenkin vahvistettava se todisteilla.

Rikosasiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa nojautuu.

Saman lain (571/1948) OK 17:2:ssa säädetään todistusharkinnasta näin:

Oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena.

Milloin jonkin todisteen vaikutuksesta on laissa erityinen säännös, noudatettakoon sitä.

Vuoden 2016 alusta voimaan tulleen OK 17:2:ssä (2015/732) todistelua koskevan yleissääntelyn rakenne on jonkin verran muuttunut. OK 17:1:n 1 momenttiin on

340 Halila 1955, s. 78 – 83 kuvaa säännöksen syntyvaiheita. Kysymys yleissäännöksen tarpeellisuudesta oli vuoden 1734 OK:ta uudistettaessa ajankohtainen sekä Ruotsissa että Suomessa. Vastustajat pitivät säännöstä sen yleisluontoisuuden vuoksi tarpeettomana. Ruotsin uuteen RB 35 lukuun ei sellaista otettukaan. Toisin kävi Suomessa, jossa yleissäännös sisältyi vuoden 1939 ehdotukseen ja edelleen vuoden 1945 ehdotukseen. Ero- na vanhaan säännökseen oli, että se koski sekä riita- että rikosprosessia. – Halila itse suhtautui säännöksen tarpeellisuuteen kriittisesti ja katsoo uuden säännöksen olevan ”ehkä vielä entistäkin ylimalkaisemman” (s. 79 alaviite 10), mutta näki siinä myös hyviä puolia. Sellaisena hän mainitsi s. 80 muun ohella, että säännös ”jo pelkällä olemassaolollaan tuo julki sen seikan, ettei todistustaakan jakoa ole meillä jätetty tuomioistuinten vapaaseen harkintaan. Näin ollen ei nähdäksemme olekaan syytä pitää OK 17:1.1:tä kerrassaan hyödyttömänä säännöksenä”. – Ks. övervikt-periaatetta kannattava Saranpää 2010, s. 268, kriittisesti, ja 2013, s. 953 – 954. – Halilan lausuma koskee kysymystä toimivallan jaosta vapaan todistusteorian puitteissa; sitä käsittelen lajemmin jäljempänä. Toisaalta Halilan lausuma saa taustavalaistusta siitä, että vähän aikaisemmin eli vuonna 1951 Per Olof Bolding oli Ruotsissa väitellyt övervikt-periaatteesta sen käyttöönottoa voimakkaasti puolustaan ja vedonnut siihen, että Ruotsin laista (”väl motiverat”) puuttuu todistustaakkanormi, joka rajoittaisi vapautta ottaa uusi teoria käyttöön (Bolding 1951, s. 92 – 93).

sisällytetty uutena sääntelynä oikeus esittää todisteita ja tulla kuulluksi niistä, ja 2 momentissa on yleisluontoinen näytön harkintaa koskeva säännös:

Asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä.

Tuomioistuimen on esitettävä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä.

Toiseen pykälään on yhdistetty riita-asian osalta todistustaakan jaon yleissäännös (1 momentti) ja todistusharkinnan yleissäännös (2 momentti). Vahingonkorvauksen määrän arvioimista koskenut entinen erityissäännös VOK 17:6 on korvattu laaja-alaisemmalla ja muutoinkin muutetulla sääntelyllä 3 momentissa. Neljäs momentti koskee edellisten momenttien toissijaisuutta:

Riita-asiassa asianosaisen on näytettävä ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa tai vastustamisensa perustuu.

Seikan asettaminen tuomion perustaksi edellyttää, että asianosainen on esittänyt siitä uskottavan näytön.

Jos yksityisoikeudellisen saatavan määrästä ei ole saatavissa uskottavaa näyttöä taikka se olisi saatavissa vain vaikeuksin tai asian laatuun nähden kohtuuttomilla kustannuksilla tai kohtuuttomalla vaivalla, tuomioistuin arvioi määrän.

Mitä 1 ja 2 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei todistustaakasta tai näytöltä vaadittavasta vahvuudesta laissa toisin säädetä tai asian laadusta muuta johdu. Mitä 3 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei laissa toisin säädetä.

OK 17:3 koskee rikosprosessin todistustaakkaa ja legalisoi universaalin beyond reasonable doubt – yleiskynnyksen:

Rikosasiassa kantajan on näytettävä ne seikat, joihin hänen rangaistusvaatimuksensa perustuu.

Tuomion, jossa vastaaja tuomitaan syälliseksi, edellytyksenä on, ettei vastaajan syällisyydestä jää varteenotettavaa epäilyä.

4.3.3.2 Arviointia

Todistustaakan jakoa koskevan yleissäännöksen tarpeellisuudesta ei viime uudistuksessa näyttäisi käydyn samanlaista debattia kuin vuoden 1948 toteutuneen uudistuksen valmistelussa.³⁴¹ Melkeinpä päinvastaisena ilmiönä voinee pitää luvun alkuun otettua, hiukan ohjelmanjulistuksen tyypistä toteamusta. Oikeus esittää todisteita on yleisenä normina itsestäänselvyys eikä liene missään ollut uhattunakaan, mutta sen sijoittaminen luvun alkuun, selkeästi erilleen esimerkiksi todisteiden rajaamista koskevasta 8 pykälästä voi aiheuttaa ongelmia, joita viittaus toisin säätämiseen ei onnistu estämään. Sama voi koskea tilanteita, joissa näyttöä joudutaan ottamaan vastaan oikeusavun kautta. Vastapuolen kuulemisen periaate lienee Tirkkosen ja hänen seuraajiensa nykytuomareille ja vähän vanhemmillekin sen verran syvälle upottama ”ainoana varsinaisena prosessiperiaatteena”, että senkin toistaminen heti aluksi vaikuttaa melko juhlalliselta. Kuten oikeuskäytäntö – vieläpä EIT:n käytäntö, kuten Suuren jaoston ratkaisu jutussa *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta*³⁴² – on osoittanut, tätäkään periaatetta ei aina pystytäkään aukottomasti soveltamaan ja toisin sääntelyn varauksena on siihenkin ollut tehtävä.

Riita-asiassa noudatettavaan todistustaakan jakoon ei tehty juuri minkäänlaisia muutoksia.³⁴³ Kuten edellä kävi ilmi, asianosaisen näyttövelvollisuus vaatimuksensa ja vastustamisensa perusteina olevista seikoista on ollut voimassa jo vanhastaan, eli yhä edelleen pääsääntöisesti *actor incumbit probatio* ja *reus excipiendo fit actor*.³⁴⁴

Sen sijaan näyttökynnyksen osalta lakiin kirjattiin edellä lueteltuja ja jäljempänä näyttökynnyksen kohdalla tarkemmin käsiteltäviä muotoiluja, joista merkittävimpänä (mutta teoreettisesti joissakin suhteissa ongelmallisena) pidän uskottavuuden ottamista näytön riittävyyden yleiskriteeriksi. Myös näiden muutosten osalta esitoissa kuitenkin tuotiin esiin, ettei tarkoitus ollut muuttaa voimassa ollutta oikeustilaa. Ainoa selvä materiaallinen muutos tehtiin korvauksen määrän todistamisen kohdalla; muutos vaikuttaa sekä näyttökynnykseen että todistusharkintaan.

341 Näin voinee päätellä Todistelutoimikunnan saamasta palautteesta: Lausuntokooste 30/2013, s. 47 – 63.

342 *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta*. 15.12.2011 (GC) kohdat 147 ja 153 – 158.

343 Jokela 2015, s. 346 on katsonut uuden OK 17:2.1:n todistustaakkasäännöksen vastaavan aikaisempaa oikeustilaa ja olevan yleisluonteinen ja ”jokseenkin mitäänsanomaton”.

344 Nämä roomalais-kanonisen perinteen periaatteet olivat Halilan 1955, s. 77 mukaan jo vuoden 1734 OK 17:33:n taustalla.

Rikosasian todistustaakan osalta HE:ssä³⁴⁵ todettiin, että uudistus vastasi

”... asiallisesti voimassa olevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 1 §:n 2 momenttia; Pykälän 1 momentti koskisi ennen muuta todistustaakkaa syyksilukevan tuomion perustavista seikoista. Syyttömyysolettamasta seuraa, että todistustaakka näistä kysymyksistä on oltava syyttäjällä, eikä vastaajalle voida asettaa velvollisuutta todistaa syyttömyytensä. Sinänsä syyttömyysolettama ei estä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön mukaan käyttämästä tietyissä rajoissa legaalaisia presumtioita rangaistussäännöksissä (esim. Salabiaku v. Ranska 7.10.1988).

Säännöstä voidaan soveltaa muissakin rikosoikeudellisiksi luettavissa asioissa kuin syyteasiassa, mutta momentissa säädetty ei estä, että jonkin asian osalta todistustaakan osalta säädetään toisin. Tällainen säännös on rikoslain 10 luvun 8 §:n 2 momentissa, joka koskee esinekonfiskaation asemesta tuomittavaa toissijaista arvokonfiskaatiota. Momentin mukaan tavoittamattomiin jääneen esineen arvoa ei tuomita menetetyksi, jos vastaaja saattaa todennäköiseksi, että esine tai omaisuus on käytetty tai hävitetty.”

Perusteluissa siis viitattiin rikosoikeudelliseen legaaliseen presumptioon eli syyttömyysolettamaan. Tämä on mielestäni tärkeä esillepano, vaikka sekin voi tuntua hiukan ohjelmalliselta. Tärkeintä on joka tapauksessa ymmärtää syyttömyysolettaman sisältö.

4.4 Todistustaakan dynamiikkaa

4.4.1 Siirtyvästä todistustaakasta ja kontekstuaalisesta todistustaakasta

Perinteinen todistustaakan määrittely keskittyy jutun ratkaisemiseen tilanteessa, jossa käsittely on päättynyt ja näyttö on jäänyt vajaaksi. Totesin määrittelyn tavallaan muotopuoleksi, koska se ei ota huomioon taakan roolia ja merkitystä prosessaamisen aikana saati ennen sitä. Todistustaakan vaikutukset ovat kuitenkin alkaneet jo ennen prosessia. *Molemmilla* asianosaisilla on täytynyt olla ainakin summittainen käsitys taakan jaosta todisteluun valmistautuessaan.

Jos näyttövelvollinen asianosainen, yleensä kantaja tai syyttävä, on omalla vuorollaan onnistunut esittämään todistusteemasta riittävästi näyttöä täyttääkseen todistamisvelvollisuutensa, on vastapuolen yritettävä esittää vastatodistetta, toisin sanoen yritettävä omalla todistelullaan kumota tuo todistelutulos tai

345 HE 46/2014 s. 48 – 49. Eduskuntakäsittelyä olen selostanut näyttökynnystä koskevan sääntelyn yhteydessä.

näyttää, että esitetty näyttö ei loppujen lopuksi riitä. Todistamisvelvollisuus on siis siirtynyt vastapuolelle. Tämä lienee termin tavallisin käyttö. Sille on ominaista todistelun dynamiikan huomioon ottaminen ja se lähtee oletuksesta, että todistelutilanne vaihtelee.³⁴⁶

Todistusharkinta alkaa viimeistään ensimmäisen todisteen tullessa esitettäväksi. Jäykästä todistustaakkasäännöstä ei ole apua kuvattaessa jutun näytön kulloistakin tilaa, todistelutilannetta. Kun todistustaakkaa kantava asianosainen, useimmiten kantaja tai syyttäjä, on esittänyt ensin näyttönsä, se voi vaikuttaa niin vakuuttavalta, että se näyttäisi tuonhetkisten arvioimisedellytysten valossa olevan pantava tuomion pohjaksi. Kun todistelutilanne halutaan kuvata, tarvitaan toinen käsite. Kun on haluttu lisäksi korostaa, ettei kysymys ole ”oikeaoppisesta” todistustaakasta, on otettu käyttöön termi *väärä todistustaakka*. Käsite lienee Ekelöfin lanseeraama. Sillä on ymmärretty todistustaakan siirtymistä oikeudenkäynnissä vastapuolelle, kun teemasta lähtökohtaisesti näyttövelvollinen on esittänyt (siis tuon hetken arvioimisedellytysten valossa, mutta jutun lopputulosta ajatellen) riittävän näytön.³⁴⁷ Lappalainen käyttää ilmaisua *siirtynyt todistustaakka* ensisijaisen todistustaakan parina.³⁴⁸ Pekka Timonen on esittänyt termiä *todistelutaakka*.³⁴⁹ Timosen ehdotus on hiukan ongelmallinen. Se on mahdollista sekoittaa ”aidon” todistustaakan toiseen perinteiseen määrittelyvaihtoehtoon, sen seikan julkilausumista tarkoittavaan sääntöön, kumman asianosaisten asiana on hankkia ja tuoda esiin todisteet tietystä seikasta eli subjektiiviseen todistustaakkaan. Tästä tavallaan on kysymyskin, mutta sisältö ei kuitenkaan ole sama, koska siirtynyt todistustaakka pitää silmällä hetkellistä todistelutilannetta, mutta subjektiivisen todistustaakan käsitteellä voidaan kuvata myös todisteiden esittämisvelvollisuutta yleensä eli samalla yleisyystasolla, millä objektiivinenkin perinteinen todistustaakka liikkuu.

Näistä varianteista pidän parhaimpina terminä Lappalaisen osuvaa ilmaisua ”siirtynyt todistustaakka”, tai vastaavasti ”siirtyvä todistustaakka” – tosin muistutuksin, että näyttövelvollisuus voi siirtyä useitakin kertoja ja taakka siis ”pendelöidä” asianosaisten välillä. Myös Timosen termi todistelutaakka kuvaa kyllä hyvin tilanteen dynamiikkaa ja sillä on yhteys common law’n termiin *evidentiary burden*, jonka suoranaisena käännöksenäkin sitä voidaan pitää. Kysymys on, *mutatis mutandis*, samasta asiasta.

346 Ekelöf 1977, s. 76 – 77 ja Ekelöf – Boman 1995, s. 64 ja 115.

347 Ekelöf 1977 s. 76 – 77; Lappalainen 2001, s. 314 – 315.

348 Lappalainen 2001, s. 315.

349 Timonen 1988, s. 352. Tämä kuulostaisi hyvältä aktiviteettiin viittaavana. Kun lähden siitä, että todistustaakka on olemassa ja vaikuttaa jo todistelumenettelyssä (ja todellisuudessa paljon ennen sitä), termi ei mielestäni oikein sovi siirtyvän taakan synonyymiksi. Myös todistustaakka sisältää todistelutaakan, eikä jälkimmäistä liene perustetta rajata realisoituvaksi vain spesifissä todistelutilanteessa.

Useat tutkijat eivät siis ole pitäneet väärää todistustaakkaa ”oikeana” todistustaakkana.³⁵⁰ Erotukseksi tästä ”aidosta” todistustaakasta on puhuttu epäaidosta todistustaakasta.³⁵¹ Toisinaan tässä yhteydessä ja siis todistustaakan siirtymistä näytön esittämisen vuoksi tarkoitavana on tuotu esiin myös käsitepari ensisijainen ja toissijainen todistustaakka.³⁵² Siirtynyt todistustaakka ei mitätöikään alkuperäisen taakan olemassaoloa tai merkitystä, vaan pysyy taustalla. Siitä huolimatta prosessin lopputulos voi määräytyä siirtyneen todistustaakan perusteella.

Todistustaakka-käsite jaetaan suunnilleen samalla tavalla myös common law’n piirissä, vaikka taakkojen luonnehdinta voi jossain määrin poiketa. Esimerkiksi englantilaisen Phipsonin kolmijako todistustaakka-käsitteelle on seuraava:³⁵³

350 Esimerkiksi Halila 1955, s. 12 – 13 määrittelee ”väärän” todistustaakan oman todistustaakkakäsitteensä ulkopuolelle, mutta toteaa kuitenkin voitavan sanoa, että tietyn oikeudenkäynnin ollessa vireillä ”välttämättömyys esittää selvitystä jonkin seikan olemassaolosta tai ei-olemassaolosta siirtyy asianosaiselta toiselle aina sen mukaan, kumman puolesta kulloinkin esitetty näyttö vaikuttaa vakuuttavammalta”. (Jäljempänä käsitelen kysymystä, kuka sanoo, mikä vaikuttaa kulloinkin vakuuttavammalta.) Halila katsoo todistustaakan ytimen kuitenkin olevan sen aineellisella eli objektiivisella puolella. Näiden normien teho ennen tuomiota on Halilan mukaan ”vain eräänlaista heijastusvaikutusta”. Edelleen Halila myöntää eräiden tuomioistuinperustelujen viittaavan siihen suuntaan, että niissä olisi omaksuttu ”väärä” todistustaakka. Kriittisesti hän viittaa kirjoitustapaan eräissä vanhoissa KKO:n ratkaisuissa käytettyyn ilmaisuun, että *asianosainen ei ollut vastoin vastapuolen esittämää selvitystä näyttänyt toteen tiettyä seikkaa*, ja arvioi sen merkitsevän yleensä samaa kuin että väitteen tueksi on esitetty riittävästi näyttöä. – Varmaan perustelu sisältää myös Halilan mainitsemän ajatuksen, mutta käsittääkseni ilmaisuilla informoitiin samalla asianosaisia tuon ajan tavan mukaan todistusharkinnan kulusta. – Toisaalta Halila huomauttaa siitä, että sanonta voi harhauttaa käsitykseen, että näytön varteen ottaminen edellyttäisi, että se on toimitettu oikeuteen tietyn riitapuolen taholta. Vaara lieenee käsittääkseni teoreettinen; joka tapauksessa sanonnan informaatioarvo on suurempi kuin passiivia käytettäessä. Huomautus on myös jonkinlaisessa ristiriidassa koko todistustaakkainstituution merkityksen korostamisen kanssa. Todisteiden esittämisvelvollisuus ja riski sen esittämättömyydestä lankeavat samalle asianosaiselle. Mitä enemmän esittämisvelvollisuuden kantajan subjektiutta vähätellään, sitä vähäisemmäksi muodostuu todistustaakan rooli ylipäätään, koska käytäntö joka tapauksessa on se, että subjektiivinen ja objektiivinen todistustaakka lankeavat yhteen. – Halila pitää edelleen s. 14 alaviitteessä 40 outona ja hylättävänä perustelutapaa ’kun toinen riitapuolista ei ollut selvittänyt tiettyä seikkaa, vaan päinvastoin oli jutussa pääteltävissä...’ Hän viittaa ratkaisuihin KKO 1932 II 88 ja 1937 II 362. – Tälläkin osin rohkenen olla hiukan eri mieltä. Mielestäni käytetty sanonta kuvastaa (vieläpä yllättävän nykyaikaisesti) sitä, miten tuomioistuin on arvioinut näyttötilannetta, ja antaa viestiä ehkä muutoksenhakuakin ajatellen.

351 Ks. esim. Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 94 – 95 ja Havansi 1994, s. 97.

352 Halila, 1955, s. 14 hylkää tämän käsiteparin katsoen, ettei se ole ”erityisen käyttökelpoinen”. Se ei merkitsisi muuta kuin uutta nimitystä pää- ja vastatodistelulle. Halila torjuu myös toissijaisen todistustaakaan perehtymisen tutkimuksensa ja ”yleensä todistustaakan jaon” kannalta peräti vähän hyödyllisenä, mutta perustele tätä omaksumallaan määrittelyllä todistustaakasta riskinjakosääntönä, joka ei lausu mitään näytön määrästä. Torjunta on siten tässäkin operationaalinen, tutkimustekninen. – Omastakaan mielestäni ensisijainen ja toissijainen todistustaakka eivät ole kovin käyttökelpoisia, mutta tämä johtuu hiukan eri syistä. Käsitepari implikoi, että taakka voi siirtyä vain kerran, ensisijaisesta toissijaiseksi. Tällaista rajausta ei ole aihetta tehdä. Mikään ei estä sitä, että näyttövelvollisuus voi siirtyä toissijaiseksi nimetyltä asianosaiselta uudestaan ensisijaiselle ja taas takaisin. Näyttövelvollisen todisteet otetaan kyllä pääsäännön mukaan ensin vastaan, mutta yllätyksiä voi tapahtua.

353 Phipson 1990, s. 51 – 66. Vrt. Halilan 1955, s. 12 alaviitteessä 36 olevaa mainintaa tuolloisesta erottelusta angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa: burden of proof (kiinteä todistustaakkanormi) ja burden of proceeding (tilanne tiettyssä oikeudenkäynnin vaiheessa, riitapuolelta toiselle siirtyvä välttämättömyys hankkia aineistoa).

- 1) persuasive burden (tai legal burden), so. todistustaakka aineellisen lain kannalta eli jutun toteennäyttämisen kannalta;
- 2) evidential burden, so. todistustaakka siinä merkityksessä, kumman asianosaisen olisi esitettävä näyttöä; ja
- 3) todisteen sallittavuuden näyttämisen taakka.

Kohdassa 1 tarkoitettulla taakalla ymmärretään suunnilleen samaa kuin meillä todistustaakalla edellä mainitun traditionaalisen määritelmän valossa, ts. sääntöä siitä, kenen on näytettävä mikäkin seikka toteen. Phipson lähtee siitä, että tämä taakka määräytyy oikeudenkäynnin alussa esitettyjen kanteen ja vastauksen sekä aineellisen lain mukaan eikä siirry mihinkään oikeudenkäynnin aikana.³⁵⁴ Kohdassa 2 tarkoitettulla käsitteellä taas nähtävästi ymmärretään suunnilleen samaa kuin meikäläisessä kielenkäytössä on käytetty ns. väärää eli hetkellistä todistustaakkaa (kenen on tietystä prosessi- eli todistelutilanteessa esitettävä lisätodistelua). Terminä voi myös olla burden of production.

Termiparina Markus Jerkø käyttää ilmauksia oikeudellinen ja *kontekstuaalinen* todistustaakka. Oikeudellinen tarkoittaa tällöin ”normaalia” todistustaakkaa; jälkimmäisen merkitys on hänellä laajempi kuin ”väärän” taakan perinteen sisältö, sillä se käsittää myös esimerkiksi faktisen ja legaalisen presumption johdosta siirtyneet todistustaakat.³⁵⁵ Loppujen lopuksi on taakan siirtymisen kannalta ilmeisesti yhdenmukaista, siirtyykö taakka vastapuolelle sen vuoksi, että taakoitettu asianosainen on esittänyt pääteemastaan T1 ”normaalin” riittävän näytön vai presumption määräämän (alemman kynnyksen) näytön presumoi-vasta teemastaan T2, ja saanut näin riittävän todennäköisyyden teemalleen T1. Taakka on yhtä kaikki siirtynyt vastapuolelle. Jerkø:n kontekstuaalisen todistustaakan määritelmä on siis hyvä.

Siirtyvä todistustaakka on ilmiönä monitahoinen: sillä on liityntä sekä todistustaakkaan, todistusharkintaan että presumptioihin. Se kuvaa myös valaisevasti todistustaakan ja -harkinnan keskeistä ja tiivistä vuorovaikutusta. Se on tavallaan kuin metronomi, jonka osoitin viittaa vuoron perään toisaalle ja toisaalle; erona on vain, että mikään koneisto ei sentään liikuta sitä tasaiseen tahtiin, vaan sen heilahdukset tapahtuvat epäsäännöllisen näköisesti, mutta kuitenkin loogisesti.

Uudemmassa oikeuskäytännöstä voidaan ”väärän” todistustaakan sovelluksista mainita esimerkiksi ennakkopäätös KKO 1993:80. Vaikeaa routavaurion synnyn syy-yhteyttä koskevassa jutussa KKO totesi rakennuksen omistajan *saattaneen* vesilaitoksen suorittaman veden juoksutuksen syy-yhteyden routimiseen *niin todennäköiseksi*, että kunta vesilaitoksen omistajana velvoitettiin

³⁵⁴ Phipson 1990, s. 52.

³⁵⁵ Jerkø 2017, s. 116 ja 120 – 121.

korvaamaan rakennuksen vauriot, kun *se ei ollut näyttänyt*, ettei juoksutus voinut olla routimisen syy.³⁵⁶

4.4.2 Taakan siirtyminen ja presumptio: esimerkkejä

Kuten Jerkønkkin edellä oleva viittaus osoittaa, siirtyvä todistustaakka ja presumptio ovat sukulaisilmiöitä. Presumption erona edellä kuvattuun tilanteeseen, jossa lähtökohtaisen näyttövelvollisen näyttö tietystä seikasta on esitetty ja vastapuoli eli vastaaja yrittää kumota sen, on se, että presumptio sisältää lähtökohtaisen säännön – joko normin tai oikeuskäytännössä kiteytyneen toimintatapasäännön – jonka mukaan tietyn seikan A näyttäminen siirtää näyttövelvollisuuden seikasta B vastapuolelle. Tyypillistä on, että seikan A näyttäminen on helppoa ja seikan B yleensä vaikeampaa. Siirtyvässä todistustaakassa taas puhutaan käsillä olevasta ad hoc -tilanteesta, joka on syntynyt käsillä olevan prosessin todistelutilanteesta: sillä ei ole pysyvyyttä – ainakaan vielä, vaan sitä käytetään vain näyttövelvollisuuden siirtymisen kuvaajana ”tässä ja nyt” -tilanteessa.

Edellä kuvatussa routavaurio-ratkaisussa ei näyttäisi olevan kysymys vielä presumptiosta, vaan enemmänkin rakennuksen omistajalle annetusta todisteluhelpotuksesta eli todistustaakan alentamisesta: todennäköisyysnäyttö riitti. Ainakaan kysymys ei ollut presumption normaalitilanteesta, jossa presumoiva (helpompinäyttöinen) teema ja presumoitu (hankalampinäyttöinen) teema ovat yleensä eri seikkoja – tässä ratkaisussa syy-yhteys oli molempien asianosaisen teemana.³⁵⁷ Presumptioita, joissa siis on yleensä kysymys jo vakiintuneista todistusharkintasäännöistä, käsittelen myöhemmin laajemmin. Seuraavissa ennakkopäätöksissä tulee kuitenkin esille eräänlainen presumptio, tyypillinen ongelmatilanne, joka koskee kysymystä siitä, onko hävinnyt testamentti myös peruutettu.

Molemmissa ratkaisuissa helpommin näytettävänä eli presumoivana seikkana on, että alkuperäinen testamentti on hävinnyt tai hävitetty. Jos tämä näytetään toteen, oletama on, että testamentti on peruutettu. Tämä presumptio voidaan kuitenkin kaataa näyttämällä, ettei testaattori ollut peruuttanut tai tarkoittanut peruuttaa testamenttia.

Ennakkopäätöksessä **KKO 1992:31** kuvatussa tilanteessa hävittämistä (tai sen tarkoitusta) ei näytetty toteen. Presumoiva ehto ei siis toteutunut. Myöskään

³⁵⁶ Kursivointi tässä JR.

³⁵⁷ Presumptiosta *voisi* olla kysymys, jos olisi voimassa esimerkiksi ”sääntö”: jos vahingon kärsinyt näyttää routavaurioiden olevan juuri ja vain vesiputkien kohdalla (presumoiva seikka), vaurioiden katsotaan johtuvan veden juoksutuksesta (presumoitu seikka). *Tämän* kumoamiseksi vesilaitokselta edellytettäisiin normaalin vahvuinen näyttö.

väite peruuttamisesta ei tullut näytetyksi toteen. KKO viittaa ensin testaattorin testamentinteon motiiviin ja lausuu sitten:

”Vajaan kahden kuukauden kuluttua jälkimmäisen testamentin tekemisestä A oli joutunut pidätetyksi rikoksen johdosta sekä, koska hänen oli todettu olleen rikoksen tehdessään ymmärrystä vailla, sijoitetuksi suljettuun laitoshoitoon, jossa hän oli lopun elämänsä. Vielä vuoden kuluttua testamentin tekemisestä A oli kertonut testamentin sisällöstä ja sijainnista sekä aikaisemman testamentin peruuttamisesta holhoojakseen määrätyle henkilölle.

Jutussa ei ole näytetty, että A olisi hävittänyt viimeksi tekemänsä testamentin tai että hän olisi kenellekään kertonut haluavansa peruuttaa sen. Hänen mahdollisuutensa kenenkään havaitsematta hävittää testamentti ovat olleet rajoitetut sen jälkeen, kun hänet pidätettiin.

Tässä tilanteessa kantajien asiana olisi ollut esittää näyttöä siitä, että A olisi tarkoittanut peruuttaa 1.7.1986 tekemänsä testamentin. Tällaisen näytön puuttuessa Korkein oikeus katsoo K:n saattaneen todennäköiseksi, että testamentti on hävinnyt A:n tahtomatta. K:n jäljennöksenä valvoma testamentti on siten ollut voimassa A:n kuollessa.”³⁵⁸

Ennakkopäätös **KKO 1992:84** koski valtion testamentinsaajia vastaan ajamaa vahvistuskannetta siitä, että testamentti oli peruutettu. Kihlakunnanoikeus hyväksyi kanteen ja katsoi, että vastaajat eivät olleet pystyneet esittämään testamenttia alkuperäisenä eivätkä olleet näyttäneet, että testamentti testaattorin kuolinhetkellä olisi enää ollut olemassa. He eivät olleet myöskään näyttäneet tai saattaneet edes todennäköiseksi, että testamentti olisi hävitetty vastoin testaattorin tahtoa. Tämän oli siten katsottava eläessään peruuttaneen testamentin. HO kumosi kihlakunnanoikeuden tuomion ja katsoi vastaajien saattaneen todennäköiseksi, että alkuperäinen testamentti oli hävinnyt testaattorin tahtomatta. Valtio ei ollut näyttänyt, että tämä olisi peruuttanut testamentin. KKO katsoi vastaajien näyttäneen, että testaattori oli tehnyt kyseisen testamentin ja että se oli myöhemmin HO:n tuomiossa kerrotuin tavoin joutunut pois hänen hallustaan hänen tahtomattaan. Valtio puolestaan ei ollut näyttänyt, että testaattori olisi peruuttanut tämän testamenttinsa. Näillä ”ja

358 KKO:n ratkaisu oli yksimielinen (Ailio, Riihelä, Tulenheimo-Takki, Taipale ja Wirilander). Otsikkoteksti on laadittu yleiskielellä: ”Testamentin saaja oli valvonut testamentin jäljennöksenä, koska alkuperäistä testamenttia ei ollut löytynyt. Testamentin tekijä oli pian testamentin laatimisen jälkeen joutunut tilanteeseen, jossa hänen mahdollisuutensa hävittää testamentti kenenkään havaitsematta olivat vähäiset. Myöhemmin hän oli vielä kertonut testamentin olemassaolosta ja sijaintipaikasta. Kun asianhaarat viittasivat siihen, että testamentti vastasi tekijänsä viimeistä tahtoa eivätkä perilliset olleet esittäneet näyttöä testamentin tekijän tarkoituksesta peruuttaa testamentti, sen katsottiin hävinneen testamentin tekijän tahtomatta ja olleen voimassa tämän kuollessa.”

muutoin hovioikeuden mainitsemilla” perusteilla KKO päätyi samaan lopputulokseen kuin HO.³⁵⁹

Jutussa käytiin läpi mahdollisuuksien kirjoa. Ilmaus ”muutoin hovioikeuden mainitsemilla perusteilla” on ehkä hiukan ongelmallinen, mutta joka tapauksessa KKO on korvannut HO:n ilmauksen tahtomatta häviämisen³⁶⁰ *todennäköiseksi saattamisesta* ilmaisulla siitä, että asianosaiset olivat *näyttäneet* sen seikan, että testamentti oli joutunut pois testaattorin hallusta hänen tahtomattaan.

4.4.3 Kuka toteaa todistustaakan tai sen siirtymisen – tai onko siirtymisellä enää väliä?

Oikeuskirjallisuus puhuu siitä, että näyttövelvollisuus *siirtyy* ja että se siirtyy sen mukaan, kumman asianosaisen näyttö *vaikuttaa vakuuttavammalta*. Mutta *kenen mielestä* vakuuttavammalta: kuka siirtymisen toteaa ja tuo julki? Kysymys voidaan esittää myös lähtökohtaisen todistustaakan osalta.

Jos todistustaakka määritellään perinteiseen tapaan tarkoittamaan tiettyä jäykkää, todistusharkinnan loppuvaiheissa käyttöön otettavaa ratkaisusääntöä haitallisten seuraamusten kärsijästä näytön jäätyä puutteelliseksi, on johdonmukaista ajatella, että taakka pysyy koko ajan samana eikä siis ole sensitiivinen jutun käsittelyn aikana tapahtuville todistelutilanteen muutoksille. Jäykä määrittely on linjassa sen meillä vallinneen ja edelleen paljolti vallitsevan käytännön kanssa, että tuomioistuin ei puhu todistustaakan sijainnista ennen kuin tuomiossaan – jos todistustaakkaa on ratkaisua harkittaessa tarvittu. Kun tilanne on ollut tämä, on ymmärrettävää, että sitäkin tiukemmin on oltu hiljaa todistelutilanteen kehittymisestä – siis siitä, ”kuka on voitolla”. Mitään todistusharkinnan tilinavausta saati välitilinpäätöksiä ei ole tapana ilmoittaa.

Suomalainen tai ylipäätään mannermaisen oikeusjärjestelmän tuomioistuin³⁶¹ ei siis perinteisesti anna ”väliaikatieitoja” todistusharkinnan tilanteesta.

359 KKO äänesti luvuin 4-1 asiasta. Enemmistön muodostivat Ailio, Riihelä, Taipale ja Wirilander. Eri mieltä oli Tulenheimo-Takki, joka, selostettuaan jutussa aiemmin esitettyä näyttöä, lausui perusteluinaan näin (vainajan nimen muutin testaattoriksi): ”Vastaajat eivät ole pystyneet esittämään jutussa kysymyksessä olevaa testamenttia alkuperäisenä eivätkä ole näyttäneet, että testamentti olisi [testaattorin] kuolinhetkellä ollut olemassa. [Testaattori] on ollut tietoinen testamentin katoamisesta ja aikonut tehdä uuden testamentin, jossa testamentinsaajina olisi ollut vain joku tai jotkut alkuperäisen testamentin mukaisesta henkilöpiiristä. Jäljennöksenä valvottu testamentti ei siten enää myöskään vastannut vainajan viimeistä tahtoa.” Tulenheimo-Takki kumosikin HO:n tuomion ja jätti asian kihlakunnanoikeuden päätöksen varaan. – KKO:n enemmistön perustelujen viimeiseen lauseeseen sisältyy lausuma, jolla on juridisen lisäksi filosofista sisältöä: vaikka testamentti oli hävitetty, se oli ”voimassa” testaattorin kuollessa. Epäselväksi jää, mihin aikaan testamentti oli hävitetty, mutta perustelu on muotoiltu niin, ettei sen valossa tällä ole merkitystä. Tulenheimo-Takki katsoi olemassaolon näyttökysymykseksi.

360 ”Tahtomatta häviäminen” samoin kuin kyllä ”tahtomatta hallusta poisjoutuminen” ovat kompleksisia (oikeustosi)seikastoja, joihin sisältyy arvionvaraisia osia.

361 Vrt. common law -järjestelmän niin sanottu no case to answer -menettely: syyttäjän esitettyä näyttönsä syytetty voi pyytää tuomarilta hylkäävää tuomiota ilman vastanäyttönsä esittämistä, koska pitää syyttäjän

Tämä johtaa siihen, että ei-lähtökohtaisesti-näyttövelvollisen on joka tapauksessa esitettävä vastanäyttönsä,³⁶² joten todistustaakan siirtymistä ei prosessin aikana yleensä noteerata. Se tulee esille lähinnä lopullisen näyttöratkaisun perusteluissa. Ennakkopäätös KKO 1998:4 valaisee asiaa:

”... A:n esittämä selvitys viittaa siihen, ettei hänen vaatimuksensa elatusavun korottamisesta 2 000 markkaan kuukaudessa ole B:n elatuskykyyn nähden liiallinen. B:n ulkomaantyöhön liittyvät olosuhteet huomioon ottaen hänen on ollut A:ta helpompi esittää selvitystä ansiotuloistaan. Koska B ei ole tätä selvitystä esittänyt, on hänen kärsittävä haitalliset seuraamukset siitä, että hänen elatuskykynsä arviointiin vaikuttavat ansiotulonsa ovat jääneet luotettavasti selvittämättä.”

Lähtökohtainen todistustaakka vaatimuksen määrän perustellisuudesta on ollut vaatijalla eli A:lla. Tässä todistustaakka on siirtynyt, kun jutussa on käynyt ilmi (tullut näytetyksi tai riidattomaksi), että B:llä on ollut ulkomaantyö, ja on pidetty yleisen elämäkokemuksen mukaisena taustaoletuksena, että työntekijällä on tällaisessa tilanteessa faktisesti helpompi itse näyttää tulojensa määrä. Käytettiin siis *kumman helpompi näyttää -kriteeriä*, jota voidaan käyttää myös alkuperäisen todistustaakan jakamisessa. Haitallinen seuraamus on perusteltu tyylipuhtaasti.

Edellä sanottu merkitsee käytännössä, että kysymys siirtymisestä – ja koko ”instituutio” – saattaa prosessin aikana jäädä teoreettiseksi. Tuomioistuimen todistusharkinta alkaa viimeistään silloin, kun ensimmäistä todistetta aletaan esittää. Luonnollisesti myös asianosaiset ja heidän asianajajansa miettivät ”tykönään” todistelun aikana tilanteen kehitystä. Tuomioistuimen arviointi tulee asianosaisille ilmi kuitenkin vasta, kun todistusharkinnan kulku on kirjattu tuomion perusteluihin. Tässä suhteessa ylempien tuomioistuinten ratkaisut ja prejudikaatit antavat vaillinaisen kuvan siitä, mitä alemmassa asteessa ”todella” on ollut tapahtumassa. Kun lausumat todistustaakan sijainnista ja kontekstuaalisen taakan siirtymisestä ja muutoksenhakuasteiden ehkä poikkeavat näkemykset näistä näkyvät vasta ratkaisujen perusteluista, itse todistelutapahtuma on ollut jossain määrin vielä ”hakuammuntaa”, jossa kumpikin asianosainen pyrkii mahdollisimman hyvään suoritukseen.

näyttöä joka tapauksessa riittämättömänä. Tämä on eräänlaista ”välitilinpäätöksen” pyytämistä (ja saattaa muodostua lopulliseksi). Ks. esim. Roberts – Zuckerman 2010, s. 73 – 74 (”half-time motion”). Tuomari ottaa siis tavallaan juryn roolin. Samanlainen pyyntö voidaan esittää myöhemminkin, kun näyttö on esitetty puolin ja toisin, mutta ennen summing up’ia.

362 Diesen 1994, s. 72 käsittelee tilannetta, jossa syytetylle syntyy hänen esittämänsä vapauttavan ”hypoteesin” johdosta (suomalaisittain sanoen) selitysvastuu tai syytetty vetoaa esimerkiksi hätävarjeluun tai alibiin. Jos ymmärrän Diesenin esityksen oikein, hän katsoo, että syytetylle näin lankeavaa velvollisuutta tehdä väitteensä jossain määrin todennäköiseksi on virheellistä nimittää siirtyneeksi todistustaakaksi, koska todistustaakka on ja pysyy syyttäjällä. Termi olisi tässä tilanteessa käytettynä ”illuusio,” ja illusorisuus syntyy, kun ”rätten ska förklara att den tilltalades version saknar trovärdighet och substans”.

Toisaalta on kyllä vaadittu, että oikeuden puheenjohtajan tulisi informoida asianosaisia *lähtökohtaisen* todistustaakan kohdistumista koskevista näkemyksistään. Ennakkopäätöksessä KKO 2007:52 tällainen velvollisuus asetettiin prosessinjohton puitteissa siinä tilanteessa, että asianosaiset olivat erimielisiä todistustaakan kohdistumisesta ja nimenomaan tämä erimielisyys on johtamassa siihen, että ”asiassa merkitykselliset seikat ovat tuomioistuimen tietien jäämässä selvittämättä”.³⁶³ Tämä on asiallinen ja luonnollinen vaatimus, mutta siihenkin voi liittyä ongelmia, kuten preklusio. Asiaan olisi puututtava mahdollisimman varhain, mutta tällöin taas virheen mahdollisuus on suurempi. Joka tapauksessa tästä on pitkä matka ”välitilinpäätöksiin”.

Lähtökohtaisella informoinnilla on perusteensa, mutta asia on kehittämisen tarpeessa. Ainakin pitäisi käydä selväksi, minkälainen sitovuus etukäteisarviolle tulisi olla: tilanteet voivat muuttua.³⁶⁴ Myös tällaisen informoinnin muoto on ongelmallinen: koska informaatio vaikuttaa suoraan itse materiaaliseen asiaan, se ei kuulune ainakaan aina prosessinjohton piiriin, vaan voi edellyttää jonkinlaista formaalista prosessiratkaisun muotoa.

Mitä taakkojen siirtymiseen tulee, edellä sanotun lisäksi siirtymisen ”metronomi-efektin” faktista merkitystä vähentää se reaalimaailman tosiseikka, että nykyprosessi on keskitettyä. Keskitysperiaate toimii tässä kahdella tavalla. Ensinnäkin, ajatustapa, että todistustaakka siirtyilee useamman kerran kantajan ja vastaajan välillä ja että kulloinkin häviöllä oleva asianosainen hankkii ja esittää sen johdosta lisänäyttöä, sopi menneisyyden oikeudenkäyntiin, jossa lykkäys seurasi toistaan – ja jossa eräs lykkäyksen usein lähes rutiininomaisen pyytämisen ja myöntämisen peruste oli juuri tarve hankkia ja esittää uutta näyttöä. Tästä on päästy. Keskitys, johon olennaisesti kuuluu tehokas preklusio, edellyttää valmistelua ja asettaa myös asiamiehille entistä vaativamman tehtävän ennakoida tulevat todistelutilanteet. Toiseksi, kun pääkäsittely on myös sisäisesti keskitetty, kummallakin asianosaisella on oma vuoronsa näyttönsä esittämiseen. Ei ole järjestelmän mukaista, että esimerkiksi vastaajan näytön esittämisen jälkeen kantaja pyytäisi vuoroa saada esittää lisää todisteita.

363 Vähälle huomiolle lieene jäänyt pieni yksityiskohta ennakkopäätöksessä: KKO toteaa kohdassa 7, että HO oli hylännyt vaatimuksen ”pääkäsittelyä toimittamatta”. Luultavasti tässä jutussa uudenlainen ”pledeeraus-pääkäsittely” olisi ollut oiva apukeino; ”näyttö” esimerkiksi työmatkakulujen puuttumisesta saattaisi olla yksinkertaista.

364 Vaaraa on esimerkiksi siinä, että todistelutilanne tai seikan laatu osoittautuu toisenlaiseksi kuin ennakkoon oletettiin; tuomari saattaa myös yksinkertaisesti huomata vajavaiseksi osoittautuvan aineiston tai liian pikaisen harkinnan vuoksi erehtyneensä. Tällöin voi syntyä perusteltu epäily siitä, onko tuomari niin sidottu kantaansa, että hän on tällä perusteella jäävi jatkamaan. Ainakaan muuta kuin yleisluontoisia, yleisesti tunnettuja näkökohtia lähtökohtaisesta todistustaakasta ei ehkä ole järkevää mennä esittämään. – Saranpää 2011, s. 515 – 526 pohtii prosessinjohton kannalta kysymystä siitä, tulisiko tuomioistuimen ilmoittaa aluksi käsityksensä todistustaakasta tai vähintäänkin ottaa esille havaitsemansa asiamiehen poikkeava käsitys. (Saranpää puhuu s. 517 ”väärästä” käsityksestä, mutta puhuisin mieluummin poikkeavasta. Jo se voi herättää hyödyllisen keskustelun). Tarvittaessa mahdollisesti tehtävään nimenomaiseen ratkaisuun liittyy selkeästi ongelmia, joita Saranpää käy s. 517 – 518 läpi.

4.4.4 Todistustaakka vastatosisaikasta: KKO 2005:69 (Ingosstrah - Stockmann)

Väite voidaan torjua näytöllä, joka kohdistuu suoraan siihen itseensä ja pyrkii osoittamaan sen paikkansapitämättömäksi tai ainakin siihen kohdistuneen näytön riittämättömäksi, tai sitten vastatosisaikalla, joka oikeaksi todistettuna vie pohjan alkuperäiseltä väitteeltä. Ennakkopäätös KKO 2005:69 kuvaa väitetyn tosiseikan torjuntaa vastatosisaikalla ja näihin liittyvää todistustaakkaa sekä myös todistustaakan jaon yleisiä periaatteita. Hiukan hankalasti avautuva asetelma voidaan pelkistää näin: B on tehnyt kanssaan tili-sopimussuhteessa olevalle A:lle rahasuorituksen. Kun B väittää, ettei A ole antanut suoritukselle katetta ja vaatii rahaansa takaisin, saajan eli A:n on kieltäytyessään palauttamasta suoritusta näytettävä, että B oli saanut sovitun katteen rahalleen. Ennakkopäätöksen otsikko on ”kysymys todistelusta ja todistustaakasta yritysten väliseen liikesuhteeseen perustuvaa saatavaa koskevassa asiassa”.

Kantaja, venäläinen yritys (Ingosstrah) oli tehnyt suomalaiselle yritykselle (Stockmannille) suuren rahasuorituksen, josta tietty osa oli venäläisyrittäjän mukaan tarkoitettu sen talous- ja edustustarkoituksiin käytettävän maksukorttitilin etumaksuksi Moskovassa sijaitsevassa Kalinka-Stockmann -nimisessä tavaratalossa. Tiliä käytettiin siellä vuoteen 1997, mutta sitten Stockmann pidätti mainitusta osasta jäljellä olevan määrän. Ingosstrah piti pidättämistä aiheuttomana katsoen, ettei ollut saanut katetta pidätetylle määrälle, ja velkoi nyt pidätettyä määrää. Asianosaisten välillä oli ollut myös muuta rahaliikennettä ja kaksi urakkasopimusta. Vastaja Stockmann taas kiisti jo sen, että kyseisestä rahasuorituksesta osaakaan olisi käytetty (ollut tarkoitus käyttää) maksukortin hyväksi; suoritus oli koskenut toista urakkasopimuksesta. Tuomiossaan KO 26.10.2001 katsoi, että Ingosstrahilla oli todistustaakka siitä, että kanteessa kerrottu suoritus oli sovittu asianosaisten välillä käytettäväksi sen kertomin tavoin. Selostettuaan asiassa esitettyä todistelua KO katsoi, ettei Ingosstrah ollut esittänyt mitään näyttöä siitä, että rahasuorituksesta väitettyä osaa olisi sovittu tai tarkoitettu maksukorttitilin etumaksuksi, ja hylkäsi kanteen. HO, joka preklusioratkaisuillaan epäsi Ingosstrahin uuden asiakirja- ja henkilötodistelun sekä pääkäsittelyn toimittamista koskevan pyynnön, ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota.

KKO³⁶⁵ perusteli osittain myönteistä preklusioratkaisuaan muun muassa sillä, että alemmissa oikeuksissa ”todistustaakka on arvioitu väärin ja keskeisiä

365 KKO ratkaisi asian äänestyksen 4-1 jälkeen. Enemmistönä olivat Tulenheimo-Takki, Tulokas, Vuori ja Kitunen, vähemmistönä Lehtimaja. Esittelijä oli Sami Myöhänen.

todisteita sivuutettu”, mistä oli osaltaan johtunut ”yllätyksellisiä” ratkaisuja, joihin Ingosstrah ei ollut ollut velvollinen oikeudenkäyntitoimissaan varautumaan.

KKO:n mukaan asiaa ratkaistaessa oli kiinnitettävä huomiota siihen, kenen on näytettävä toteen riidanalaiset seikat (kohta 4). Tältä osin asian laatu ei ollut vailla merkitystä. Riita liittyi yritysten väliseen kaupalliseen yhteistyösuhteeseen, jossa Stockmann näytti olleen tavaroiden ja palvelusten toimittaja ja Ingosstrah niitä hankkinut asiakas. Ingosstrahilla oli ollut Stockmannilla niin sanottu yritystili, johon asiakkaan ostot ja maksusuoritukset oli kirjattu. Kun kanne koski sitä, oliko asiakas saanut etukäteen suorittamalleen maksulle katteen vai oliko maksunsaaja pidättänyt maksun itselleen perusteettomasti, todistustaakka ei KKO:n mukaan ”lankea yksin maksajalle, vaan kuuluu pikemminkin maksun saajalle”. KKO katsoi yleisten velkasuhteita koskevien periaatteiden johtavan tähän päätelmään, samoin kuin asian tarkastelu tilinpitäjän ja asiakkaan välisen suhteen ja osapuolten siihen liittyvien velvollisuuksien kannalta. Selostettuaan näyttöä KKO lausui kohdassa 10, että Ingosstrah kantajana oli esittänyt selvityksen suorittamastaan maksusta sekä näyttöä, joka tuki kanteen perusteita. Stockmann maksun saajana ja asiakastilin pitäjänä oli ”tyytynyt kiistämään kanteen ja jopa yhtiön omien toimihenkilöiden kirjeiden sisältämät tiedot esittämättä lähempää selvitystä kanteen kannalta olennaisista tilitapahtumista.” Vasta KKO:ssa se oli esittänyt asiakastiliä koskevan yhteenvedon vuodelta 1993. Sen sisältö ei ollut ristiriidassa kanteen kanssa. Niissä olosuhteissa oli KKO:n mukaan perusteltua hyväksyä kanne.

Vähemmistöön jäänyt Lehtimaja lausui todistustaakan osalta, että kaupallisessa yhteistyösuhteessa suoritettua maksun palautusta vaativan kantajan tulee ensin näyttää toteen, että maksu on suoritettu, kun taas vastaajan taakaksi jää osoittaa, että maksaja on saanut suorittamalleen maksulle myös sopimuksenmukaisen katteen. Jos vastaaja puolestaan saattaa uskottavaksi, että maksulla on asianosaisten välisessä liikesuhteessa noudatettun käytännön mukaisesti katettu vastaajan sopimuksenmukaisia saatavia maksun suorittajalta, maksun suorittajan pitää osoittaa, että maksusuoritus olikin sovittu käytettäväksi sellaiseen muuhun tarkoitukseen, joka on jäänyt toteutumatta. Asianosaisten liiketoiminta oli 1990-luvulla ollut laajaa ja monimuotoista; oikeudenkäyntiaineiston perusteella oli vaikeata saada kokonaiskuvaa tuossa liikesuhteessa noudatetuista käytännöistä. Analysoimiensa tiliyhteenvedojen perusteella, kun Ingosstrahkaan ei niistä ilmenevien tietojen oikeellisuutta ollut kiistänyt, Lehtimaja katsoi Stockmannin saattaneen uskottavaksi, että mainitulla suurella rahasuorituksella oli niiden liikesuhteessa katettu Stockmannin sopimuksenmukaisia saatavia Ingosstrahilta. Lehtimaja katsoi, ettei maksusuorituksen väitetty erityistarkoitus ilmennyt käytettävissä olleesta oikeudenkäyntiaineistosta

”ainakaan yksiselitteisesti”. Hän kävi läpi asiassa esitettyä kirjenäyttöä ja jäi hyväksymään hovioikeuden tuomion lopputuloksen.³⁶⁶

Risto Koulu on kommentoidessaan ratkaisua kiinnittänyt huomiota muun ohella jutussa esitettyihin todistustaakkakysymyksiin ja suhtautunut niitä koskeviin kannanottoihin osin melko kriittisesti.³⁶⁷ Käsittääkseni kritiikissä on perää siltä osin, että käytetty ilmaisutapa ”...todistustaakka ei lankea yksin maksajalle, vaan kuuluu pikemminkin...” ei prejudikaatissa vaikuta riittävän informatiiviselta.³⁶⁸ Lehtimajan käyttämä ilmaisu ”uskottavaksi saattaminen” poikkeaa tuon ajan terminologiasta, mutta se on nykyisen OK 17 luvun mukainen (!). Se tarkoittaa käsittääkseni tässäkin ”täyttä näyttöä” – sen omasta teemasta. Vastatosisiikka on sitten toinen teema.

Enemmistön formulointi lähtökohtaisesta näyttövelvollisuudesta on varovaisempi kuin eriävän jäsenen Lehtimajan. Hänen kantansa on kuitenkin, edetessään askel askeleelta, havainnollisempi.

4.4.5 Esittämisen ja vakuuttamisen taakat: McDonnell v. Green ja Texas v. Burdine

Siirtyvää todistustaakkaa ja presumption luomista sivuaa common law’n mukainen todistustaakan jako esittämisen taakkaan (burden of production) ja vakuuttamisen taakkaan (burden of persuasion). Esittämisen taakka on selväpiirteinen velvollisuus. Jälkimmäinen velvollisuus taas tarkoittaa sitä, kenen kontolla on kantaa vastuu todisteen näyttöarvosta, siis siitä, että näyttö ylittää näyttökynnyksen.

366 Äänestys koski myös suullisen käsittelyn toimittamista, jota Lehtimaja piti tarpeellisena.

367 Koulu 2005, s. 514 – 515. ”Maksajaetuinen todistustaakka poikkeaa kirjallisuudessa esitetyistä mielipiteistä. Yleensä todistustaakka siitä, mitä velkaa maksu on koskenut, asetetaan maksajalle. Tulkinta nimittäin täydentää maksua koskevaa yleistä todistustaakkaa – tai on pikemminkin sen korollaari. Voidaan kysyä, mikä on tämän poikkeuksellisen todistustaakan ulottuvuus: koskeeko se tiliin liittyviä maksuja, ennakkomaksuja vai onko molempien edellytysten täyttyttävä? Ratkaisun perusteluissa pohditaan laajalti tiliproblematiikkaa, mikä antaa vaikutelman, että kaikki tiliä koskevat maksut ovat erityisasemassa, eli sillä, onko kyseessä etumaksu vai jälkikäteinen maksu, ei olisi merkitystä. Samaan tulokseen tullaan silloinkin, kun tärkeänä pidetään velkasuhteen osapuolten tosiasiallista mahdollisuutta esittää näyttöä. Toisaalta kovin eriytynyt todistustaakka ei näytä sekään maksun kohdalla toivottavalta. Tämä veisi siihen, että poikkeuksen soveltamisala on mahdollisimman suppea – ehkä vain ratkaisussa aktualisoituneet etumaksut käsittävä. –Ratkaisun perustelut ovat muutoinkin epämääräiset. Ne antavat vaikutelman todistustaakan jakautumisesta maksajan ja maksunsaajan kesken (”...ei lankea yksin...”). Tätä näkemystä on kuitenkin vaikea hyväksyä. Todistustaakkasäännön arvohan on sen selkeydessä ja ennustettavuudessa; yksittäistapauksittain jakautuva todistustaakka on lähellä mielivaltaa.”

368 En kuitenkaan tulkitse ilmaisua Koulun tavoin niin, että itse näyttövelvollisuuden tietystä seikasta tarkoitetaan jotenkin jakaantuneen. Todistustaakka tietystä seikasta kuuluu yhdelle asianosaiselle. Eri asia on, että taakka voi todistelun kuluessa siirtyä toiselle. Kun kysymys on kvantitatiivisesta suureesta, kuten vahingonkorvauksesta tai viallisten laitteiden lukumäärästä, taakka on silloinkin vain yhdellä asianosaisella, vaikka sen kohde onkin ”jaettavissa”.

USA:ssa jaon perussovellus tapahtui ratkaisussa *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973), ja sitä sovellettiin kehiteltynä toisessa ennakkopäätöksessä *Texas Department of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981). Molemmissa ratkaisuissa oli kysymys työntekijän työnantajaan kohdistamasta syrjintäkanteesta.

Douglas-jutussa oli kysymys väitetystä rotusyrjinnästä siten, että lentokonetehdas ei ottanut työntekijää, jonka työsopimuksen se oli aikaisemmin tuotannollisista syistä tapahtuneiden irtisanomisten yhteydessä päättänyt, uudestaan töihin. Työntekijä oli kansalaisoikeusaktivisti, ja syynä uudelleenrekrytinnista kieltäytymiselle yhtiön mukaan oli ollut, että hän oli protestina irtisanomiselleen ollut mukana autollaan tukkimassa tehtaalle johtavia teitä ("stall-in"). EEOC oli katsonut, että oli järkevä syy (reasonable cause) uskoa, että Douglasin torjuva menettely loukkasi kansalaisoikeuslain 704 §:ää, joka kielsi syrjimistä hakijoita tai työntekijöitä sen vuoksi, että nämä olivat yrittäneet protestoida tai korjata väitetysti syrjiviä työoloja, mutta katsoi, ettei ollut perustetta väitteelle, että Douglas olisi rikkonut myös 703 §:ää, joka kieltää kaiken syrjinnän työhönottoa koskevissa ratkaisuissa. District Court totesi tukkimisen laittomaksi ja hylkäsi Greenin kanteen EEOC:n työhönottoratkaisun syrjivyyssväitteeseen omaksuman kielteisen kannan vuoksi.

Greenin valitettua CA:n enemmistö katsoi, että Green oli näyttänyt rotusyrjintäkanteensa toteen *prima facie*; että Douglasin kieltäytyminen uudelleenrekrytinnista nojasi "subjektiivisiin" kriteereihin, joilla oli vähäinen merkitys syrjintäväitteiden torjumisessa; ja että vaikka Greenin osallistuminen laittomiin mielenosoituksiin saattoi kertoa vastuullisen asenteen puuttumisesta tälle työnantajalle tehtävää työtä kohtaan, Greenille tulisi antaa tilaisuus osoittaa, että Douglasin perusteet takaisinotosta kieltäytymiselle olivat pelkästään tekosyy. CA palautti jutun. Se kumosi Greenin väitteen rodullisesti syrjivistä työhönottokäytännöistä, koska EEOC:n myönteinen kanta ei ollut prosessinedellytys kanteen ajamiselle tuomioistuimessa.

Yhtiön valitettua Supreme Court oli viimeksi mainitusta samaa mieltä ja piti virhettä merkityksellisenä. Se totesi, että syrjimistä väittävän on näytettävä toteen *prima facie* –case näyttämällä neljä seikkaa: että hän kuuluu rodulliseen vähemmistöön, että hän on hakenut avoinna olevaa paikkaa ja on siihen pätevä, että vaikka hän on pätevä, häntä ei valittu, ja että tämän jälkeen työnantaja on jatkanut samanlaisen pätevyuden omaavien työntekijöiden etsimistä. Supreme Court katsoi Greenin näyttäneen kanteensa toteen *prima facie*, mutta CA:n tehneen virheen, kun se oli katsonut, ettei Douglas ollut kiistäessään selvinnyt todistustaakastaan näyttämällä, että sen ilmoittama syy uudelleenpalkkauksesta kieltäytymiselle perustui vastaajan laittomaan toimintaan. Mutta palautuksen yhteydessä Greenille tulee tarjota oikeudenmukainen tilaisuus näyttää, että Douglasin ilmoittama peruste oli vain tekosyy

rodullisesti syrjivälle ratkaisulle, esimerkiksi näyttämällä, että kantaja oli ottanut takaisin samaan laittomaan toimintaan osallistuneita valkoisia työntekijöitä.

Todistusmenettelyn ja todistustaakan järjestelyn tuli Supreme Courtin mukaan olla sellainen, että kantajana olevalla työntekijällä oli todistustaakka koko kanteensa eli syrjintäväitteensä toteennäyttämiseksi. Hänellä oli ensin esittämistaakka siitä, että työnantaja oli syrjinyt häntä, ja tämän täyttämiseksi hänen tuli esittää vain tietyt, näytöllisesti suhteellisen yksinkertaiset seikat. Kun hän esitti ne, hän sai hyväkseen *prima facie case'n*. Se merkitsi Supreme Courtin mukaan olettaa syrjinnän tapahtumisesta: jos työnantaja ei esittäisi mitään vastanäyttöä, kanne ratkaistaisiin työntekijän hyväksi.³⁶⁹ Työnantajalla oli esittämistaakka siitä, että sen päättämä toimenpide (työsopimuksen päättäminen) oli tapahtunut laillisilla perusteilla. Kysymys oli koko ajan samasta teemasta eli väitetystä syrjinnästä. Työnantajalla ei ollut tästä vakuuttamistaakkaa, sen ei tarvinnut näyttää, että juuri näillä perusteilla toimenpide oli tehty – tässä suhteessa *Burdinen* jutussa CA oli mennyt vikaan, kun oli asettanut työnantajalle burden of preponderance-tasaisen (eli normaalin) näyttökynnyksen. Todistustaakka syrjintäväitteestä oli koko ajan työntekijällä, koska teema pysyi samana. Hänellä oli nyt mahdollisuus esittää näyttö siitä, että työnantaja ei ollut toiminut näillä perusteilla.

Jälkimmäiseen ratkaisuun viitaten Bayles esittää jakosäännön: hän asettaa todisteen esittämisen taakan sille, joka vetoaa todistettavaan seikkaan, paitsi jos se olisi epäoikeudenmukaista siitä syystä, että toisella asianosaisella olisi erityinen mahdollisuus päästä siihen käsiksi ja kontrolloida sitä. Vakuuttamisen taakan pitäisi sijaita samalla tavalla kuin esittämisen taakan, ja kynnyksen tulisi olla preponderance of evidence, paitsi jos korkeampi kynnyks on tarpeen sen välttämiseksi, että sellaisissa jutuissa toiselle osapuolelle vastaiset ratkaisut aiheuttaisivat suurempia moraalisia kustannuksia.³⁷⁰

Luultavasti suomalaisessa (ja ilmeisesti useassa muussakin mannermaises-sa) järjestelmässä vastaavanlaisen syrjintäkanteen näyttö etenisi suunnilleen samalla tavalla eli niin, että työntekijän näytettyä syrjintäolettan syntyneen työnantaja joutuisi näyttämään toteen laillisen perusteensa, ja esittämisen- ja vakuuttamistaakka olisivat presumption syntymisellä siirtyneet tällöin yhdessä

369 Bayles 1987, s. 59 – 60 huomauttaa, että vakuuttamistaakka olisi kyllä pysynyt *Burdinella* syrjintäväitteen esittäjänä, mutta hän olisi täyttänyt tämän velvollisuutensa preponderance-standardilla – jonkin verran näyttöä puolesta eikä mitään vastaan. Näyttökynnyksinä Bayles viittaa kolmeen common law'ssa tavattavaan kynnykseen: preponderance of the evidence (yli 50 prosentin todennäköisyys) ja clear and convincing evidence sekä beyond a reasonable doubt (merkittävästi enemmän kuin preponderance).

370 Bayles 1987, s. 59.

työnantajalle.³⁷¹ Taakkojen järjestely syrjimiskanteen käsittelyssä on siis ainakin tähän asti ja mutatis mutandis ”yhteistä pääomaa”. Työnantajalta olisi luultavasti kuitenkin vaadittu normaalin riita-asiain kynnyksen vahvuinen näyttö siitä, että sen vetoamisperusteet olivat olleet ”laillisia”, toisin sanoen tilannetta olisi käsitelty siirtyneen todistustaakan mukaisena. Viime kädessä jatko olisi kuitenkin määrätynyt sillä perusteella, minkälaisia nuo vedotut oikeudelliset perusteet olisivat olleet – olisivatko ne olleet riittäviä ja missä määrin.

Meillä nämä taakat eivät siis liene niin analysoituja. Vakuuttamisen taakka lienee näistä ratkaiseva taakka. Esittämisen taakka langennee periaatteessa samalle kuin vakuuttamisen taakkakin, mutta toisaalta kantaja voi onnistua vakuuttamaan tuomioistuimen vastaajan esittämän todisteen sisällön avulla – vaikka periaatteessa sen itsensä asiana olisi olla esittää se. Sama pätee toisin päin: kanne voidaan hylätä kantajan esittämän todisteen sisällön perusteella. Tuomioistuin voi käyttää näyttönä kaikkea esiin tullutta (ainakin laillista) oikeudenkäyntiaineistoa. Teorian tasolla ei meilläkään mikään estäisi edes sitä, että taakat lankeaisivat eri tahoille. – Burdinen tapauksessa, jos se olisi ollut Suomessa (ja vaikka meillä ei olisi sitä syrjintälainsäädäntöä mikä järjestee taakat legaalisesti), työnantajalle Burdinen prima facie -casen syntymisen johdosta tullut esittämistaakka olisi meikäläisittäin ensin vetoamistaakka – työnantajan tulisi vedota laillisiin perusteisiin menettelylleen. Siihen samalla liittyisi niiden seikkojen toteennäyttäminen, joihin ”laillisuus” perustuu, eli kyseisen näytön hankkimis- ja vakuuttamistaakka.

Onko esittämisen taakassa kuitenkin kysymys samasta asiasta, mitä pohjoismaissa ymmärretään näytön robustiudella? Robustiutta käsittelen varsinaisesti todistusharkinnan yhteydessä; se tarkoittaa näytön horjumattomuutta: esitetty näyttö on riittävän robustia, jos ei enää ole saatavissa enempää asiaan vaikuttavaa relevanttia näyttöä, joka voisi horjuttaa sitä. Kun Supreme Court palautti jutun, jotta Green saisi tilaisuutensa, oliko kysymys hänelle annetusta kehotuksesta täydentää näyttöään? Ehkä voi vastata, että oli ja ei ollut; ”ei ollut” sikäli, että kysymys ei oikeastaan ollut ensi sijassa näytön täydentämisestä vedenpitäväksi, ja ”oli” sikäli, että asianosaiselle nimenomaisesti tarjottiin mahdollisuus täydentää esitystään.

Jerkø ei hyväksy näytön kattavuudesta eli robustiudesta sitä tulkintaa, jota esimerkiksi Strandberg on edustanut ja joka käsittääkseni on laajemminkin vallalla. Tätä käsittelen laajemmin robustiuden yhteydessä. Merkillepantavaa on kuitenkin, että Jerkø esittää eräänä korvaavana keinona näytön kattavuuden

³⁷¹ Yhdenvertaisuuslain 28 §:n mukaan vireillepanijan on syrjintää tai vastatoimia koskevaa asiaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa käsiteltäessä esitettävä selvitystä seikoista, joihin vaatimus perustuu. Jos asiaa käsiteltäessä esitettyjen selvitysten perusteella voidaan olettaa syrjinnän tai vastatoimien kieltoa rikotun, vastapuolen on kumotakseen oletuksen osoitettava, että kieltoa ei ole rikottu. Mitä tässä pykälässä säädetään, ei sovelleta rikosasian käsittelyssä. – Työsopimuslain 2 luvun 2 §:n e momentissa viitataan syrjintäkiellon osalta yhdenvertaisuuslakiin.

varmistamiselle (ja koko robustiuden käsitteelle), että tuomari huomauttaa asianosaisille jostakin seikasta esitetyn näytön vajavuudesta, niin että se asianosainen, joka haluaa todistaa sen, saa mahdollisuuden hankkia lisänäyttöä, ennen kuin asia ratkaistaan tälle asianosaiselle vastaisesti. Jerkø toteaa, mielestäni aivan oikein, että tässä on kysymys esittämisen taakasta (burden of production). Sellainen taakka voidaan hänen mukaansa määrätä oikeusnormilla, joka asettaa yleisiä vaatimuksia perustoiksi tiettyihin todistusharkintatilanteisiin, tai se voidaan asettaa prosessuaalisena velvollisuutena esittää tiettyjä todisteita tai määrätyn laatuista näyttöä tarkemmin määrätyillä edellytyksillä.³⁷²

³⁷² Jerkø 2017, s. 396.

5. NÄYTTÖKYNNYS

5.1 Johdantoa. Kynnyksen kaksoisrooli: vaatimus ja saavutus

Lähellä todistustaakkaa, ellei osa sitä, on näyttökynnys³⁷³ eli näytön vahvuuteen kohdistuva vaatimus, joka kertoo, miten suurella todennäköisyydellä tosiseikka tai tosiseikasto tulee todistaa paikkansapitäväksi. Toisesta näkökulmasta sanottuna se ilmaisee, miten vahva näyttö väitetyt tosiseikan tai tosiseikaston paikkansapitävyyden tueksi vaaditaan, jotta se katsotaan näytetyksi toteen. Kun perinteisen määrittelyn mukaan todistustaakkasääntö kiinnittää päähuomion siihen, *kummalle asianosaiselle* riski seikan näyttämättä jäämisestä kuuluu ja kumman edun mukaista siis on tuoda näyttö esiin, näyttökynnys puolestaan ilmaisee siis sen, *miten vahvaa* näyttöä esiin on tuotava, jotta seikka katsottaisiin näytetyksi toteen.³⁷⁴ Nykyisin näyttäisi olevan vallitseva kanta, että näytön vahvuuden vaatimus kuuluu osana todistustaakkaan tai on sidoksissa siihen hyvin läheisesti.³⁷⁵

373 Virolainen 1995, s. 44 lausuu synonyyminä erityisesti rikosjutuissa käytettävän sanaa tuomitsemiskynnys. Esimerkiksi Jonkka 1992, s. 97 alkaen puhuu tuomitsemiskynnyksestä tarkoittaen käsittääkseni näyttökynnystä, ks. esimerkiksi s 99. Samoin tekee Jokela 2015, s.361 ("Langettavaan päätökseen rikosasiassa vaadittavaa näyttötasoa (*tuomitsemiskynnystä*) kuvattiin aikaisemmin sanoilla 'täysi näyttö'"); kursivointi Jokelan. – En pidä tätä kielenkäyttöä oikeaan osuneena, koska tuomitsemisella tarkoitetaan ratkaisua, jolla syytetty katsotaan syylliseksi (syyksilukeminen) ja hänelle määrätään oikeusseuraamus (rangaistuksen määrääminen). Johtopäätöksen teko siitä, että syytteen tosiseikasto on näytetty toteen, ei tarkoita tuomion julistamista. Syyksilukeminen tai rangaistuksen tuomitseminen voi estyä eri syistä. – Myös ruotsissa on harvakseltaan käytetty kynnyksen-tyyppistä ilmaisuja (tröskel) samoin kuin englannissa (threshold). – Usein puhutaan näyttökynnyksestä tarkoittaen vaadittavan näytön määrää. Käsittääkseni olisi parempi puhua vahvuudesta, koska määrä ei useinkaan ratkaise, vaan laatu – tosin usein kyllä määrään yhdistettynä. Todisteita voi olla paljon, mutta niillä ei ole riittävää todistusvoimaa eli näyttöarvoa.

374 Ks. myös Bayles 1987, s. 59 (burden of persuasion -taakan kannalta). – Bolding 1951, s. 148 – 149 ja 157, taas katsoo, että todistustaakalla ja näyttökynnyksellä ei ole mitään käsitteellistä eroa, vaan molemmissa on kysymys siitä, kumman eduksi ja kumman vahingoksi todennäköisyysarviointi päättyy. Halila 1955, s. 14 – 15 tarkastelee näytön riittävyyden sääntelyä lähinnä lainsäätäjän työkaluna. Hän myöntää sääntelyn merkityksen ja katsoo todistustaakan ja riittävän näytön vaatimuksella olevan keskenään vuorovaikutus.

375 Ekelöf 1977, s. 74 – 75 ja 81 sekä 1982, s. 85 on katsonut, että todistustaakkasääntö, joka vain sanoo, kumpi vaihtoehto - x vai ei-x - otetaan ratkaisuperusteeksi, jos toista vaihtoehtoa ei ole näytetty, on *käytännössä aika lailla merkityksetön, jos siihen ei liity näyttövaatimuksen osoittavaa täsmennystä*. – Virolainen 1995, s. 44 määrittelee näytön riittävyysarvioinnin kysymykseksi, todistaako kokonaisnäyttö riittävällä todennäköisyydellä todistettavasta teemasta, joka on tuossa vaiheessa oikeustositseikka. Kysymys on siitä, ylittyykö näyttökynnys eli näyttövaatimus. Näyttökynnys ja todistustaakka liittyvät hänenkin mukaansa kiinteästi toisiinsa. – Virolainen tarkastelee tässä näyttöä siis kokonaisuutena oikeustositseikan tasolla. Jäljempänä tarkastelen, koskeeko todistustaakka ja näyttökynnys myös todistus- tai apotosiseikan paikkansapitäväksi todistamista.

Todistustaakan ja näyttökynnyksen asettamisen sekä todistusharkinnan keskinäisen suhteen (ja ehkä vuorovaikutuksenkin) toteaminen ei ole uutta auringon alla. Otto Hjalmar Granfelt arveli vuonna 1943 vapaaseen todisteiden harkintaan siirtymisen merkitsevän kehitystä kiinteistä näyttövelvollisuutta koskevista säännöistä kohti tuomioistuimen vapaata oikeutta ottaa huomioon elämän vallitsevat olosuhteet ja arvioida, mikä vaikuttaa kohtuulliselta ja ”elämän yleisen säännön” mukaan todennäköiseltä, ja tämän perusteella siirtää in casu näyttövelvollisuus vastapuolelle sen asianosaisen harteilta, jolla ensi sijassa voidaan katsoa olevan oikeudellista etua tietyn tosiseikan näyttämisestä, so. siltä asianosaiselta, jota periaatteessa tulee pitää siitä seikasta näyttövelvollisena. ”Mången gång reduceras vid detta förhållande bevisbördesförslaget till en bevisuppskattningsfråga.”³⁷⁶

Näyttökynnyksen käsite voidaan jakaa abstraktiseen ja konkreettiseen.³⁷⁷ Abstraktisella näyttökynnyksellä, kuten yleisesti sovellettavalla ei varteenotettavaa epäilyä -standardilla, tarkoitetaan tällöin lainsäätäjän lainkäyttäjälle asettamaa³⁷⁸ vakiintunutta yleisstandardia, jonka tietynlaatuudessa jutussa esitettävän näytön tulee täyttää. Yleisyyden aste voi vaihdella, ja kynnyks voi pohjautua myös prejudikaattiin. Konkreettisesta näyttökynnyksestä on kysymys yksittäisessä, esillä olevaa juttua ja sen seikkoja koskevassa vaatimuksessa.

Se, kuka jutussa asettaa konkreettisen näyttökynnyksen, on ollut debatin kohteena; tämä aktualisoituu erityisesti riitakysymykseksi siitä, joutaako kynnys jollakin perusteella, kuten jutun erityisen laadun tai tyyppin (yhteiskunnalliset arvovalinnat, näyttövaikeudet) perusteella tai peräti ad hoc, juttu jutulta. Meillä kysymystä työn- ja toimivallan jaosta lainsäätäjän ja -käyttäjän välillä on laajasti pohtinut Jaakko Jonkka vuonna 1991 julkaistussa väitöskirjassaan.³⁷⁹ Hän on esittänyt jakoa abstraktiseen ja konkreettiseen näyttökynnykseen juuri apuneuvoksi tämän työnjaon tai ”roolikysymyksen” ratkaisemiseksi, ja lähtenyt siitä, että lainkäyttäjän tulisi käyttää määräämisvaltaansa vain silloin, kun liikutetaan ”harmaalla vyöhykkeellä” eli lainsäätäjän normeerauksen reuna-alueilla

376 Granfelt 1944, s. 22. Hän piti esitelmänsä vuonna 1943 eli samana vuonna, jona Eckhoff julkaisi Tvilsrisikoen -teoksensa.

377 Esim. Jonkka 1992, s. 93 – 96 (näyttökynnyks) ja 110 – 111 (tuomitsemiskynnyks); Pölönen 2003, s. 141.

378 Näyttökynnyksen ja jopa todistustaakan sääntely olisi mahdollista nähdä myös todistusharkinnan vapauden rajoituksena. Rajoittava funktio kynnyksellä ja taakalla onkin: ellei mitään standardeja olisi, ovi olisi avoinna eriarvoiselle kohtelulle ja jopa mielivallalle, jonka torjuminen on eräs vapaan todistusharkinnan rajoitukseksi nimetty peruste. Tavanomaisempaa on kuitenkin käsitellä niin todistustaakkaa kuin sen osana näyttökynnystä omanlaisenaan instituutioon. Tätä puoltaa esitysteknisen selvyyden lisäksi se, että molempiin vaikuttavat useanlaiset taustatekijät, joista osa tosin on samoja kuin todistusharkinnan muiden rajoitusten kohdalla, mutta osa taas kumpuaa muista lähteistä.

379 Jonkka 1991, s. 109 – 115.

tämän määrittämän abstraktin näyttökynnyksen täsmentämiseksi.³⁸⁰ Debatti ei ole yksin suomalainen ilmiö.³⁸¹

Hiukan kärjistäen voinee sanoa, että jos tuomari saa määrätä vaadittavan näytön vahvuuden ad hoc ja ehkä vielä ottaa esitetyn näytön kulloisenkin kynnnyksen asettamisessaan huomioon, lieenee mahdotonta vetää edes teoriassa rajaa siihen, missä päättyä todistusharkinta ja missä alkaa riittävyuden arviointi.³⁸²

Karkeasti ottaen abstraktisen ja konkreettisen kynnnyksen erottaminen voidaan samaistaa todistusharkintaan kohdistettavaan ulkoiseen ja sisäiseen näkökulmaan, sikäli kuin on kysymys vaadittavasta näytön vahvuudesta. Lainsäätäjän tai (prejudikatiivisen) oikeuskäytännön luomat kynnysnormit ovat ulkoisia, tavallaan teknisiä ohjausvälineitä, kun taas näyttötuomarin ratkaisu yksittäisessä jutussa perustuu sisäiseen näkökulmaan, joka hänellä on jutun todisteluun.³⁸³ Tähän dikotomiaan suhteutettuna debattikysymys koskee sitä pelivaraa, joka näyttötuomarilla tässä on. Riippumatta siitä, ”luokitellaanko” näyttökynnyksen asettaminen teoriassa todistustaakkaan, todistusharkintaan vai johonkin kolmanteen kategoriaan, näyttötuomari joutuu joka tapauksessa osana harkintaansa ottamaan kantaa siihen, mitä hän yksittäisen seikan ja jutun seikaston kohdalla vaatii. Saako hän ottaa huomioon ad hoc seikan tai jutun yksittäisiä, spesifisiä luonteenpiirteitä – saako hän antaa merkitystä esimerkiksi jutussa esitetyn näytön laadulle?

Näyttökynnys ei ole kovin vanha työkalu todistusoikeuden työkalupakissa. Vapaaseen todistusteoriaan siirryttäessä eri pohjoismaissa näyttää olleen erilaisia ratkaisuja näyttövaatimuksen muotoilussa. Norjassa näyttää vallitsevan käsitys, että sekä näyttökynnyksen asettaminen että esitetyn näytön arviointi olivat tuomarin vapaassa harkinnassa.³⁸⁴ Ruotsissa ja Suomessa seikan näytetyksi tuleminen edellytti, että siitä esitettiin ”täysi näyttö”; oli yksi pysyvä

380 Jonkka 1991, s. 113.

381 Esimerkiksi Diesen 2012 käsittelee kysymystä s. 148 – 170 eli yli 20 sivulla. Anderson – Schum – Twining 2005, s. 242 – 243 esittävät kysymyksen: ”Are the standards of proof rules of law?” He katsovat sekä englantilaisen että amerikkalaisen keskustelun perusteella, että on mahdotonta antaa täsmällistä merkitystä riita- ja rikosstandardeille ja että sen yrittäminenkin on turhaa ja voi olla vaarallista; he siteeraavat Sir Rupert Crossin kuuluisaa lausumaa: ”It is to be hoped that such questions ... will never be allowed to become the basis of prescribed rules” (Cross on Evidence 1979, 5nd ed., London: Butterworths, s. 116). – Englannissa ovat tällä hetkellä lainsäädäntönä voimassa Civil Procedure Act 1997 ja siihen liittyen Civil Procedure Rules, sekä Criminal Justice Act 2003 ja siihen liittyen Criminal Procedure Rules 2005, kaikki myöhempien muutoksineen; Keane & McKeown 2016, s. 5. Ainakaan niistä tekemieni havaintojen mukaan Sir Rupertin pelko ei näytä toteutuneen.

382 Vrt. Lappalainen 2001, s. 297.

383 Todistusharkinnan sisäiseen näkökulmaan kuuluu kyllä muutakin kuin konkreettisen kynnnyksen arvioiminen pelivaran puitteissa.

384 Jerkø 2017, s. 94 – 97. Oikeustieteessä saatettiin hänen mukaansa puhua käsitteestä ”juridisk visshet”, joka oli ”moraalisen varmuuden” eräs muoto. Jerkø mainitsee s. 95 entisen høyesterettsjustitiaruksen Herman Scheelin vielä vuonna 1938 esittämän näkemyksen, että vapaan todistusharkinnan periaate tekee tuomarin vapaaksi, paitsi esitetyn näytön todennäköisen paikkansapitävyuden arviointiin, myös ”sen todennäköisyyden asteen harkinnanvaraiseen arviointiin, joka voidaan vaatia, jotta tosiseikka voidaan toteennäytettynä asettaa tuomion perustaksi”.

standardi, jolla ilmaistiin näytön riittävyys, ja poikkeukset, jotka yleensä tar-koittivat vähempää näyttöä, olivat harvinaisia. Jos täyttä näyttöä ei ollut saatu esitetyn, näyttöratkaisuun riitti vastaus kysymykseen, kenellä oli tilanteessa todistustaakka. Näyttökynnys terminä lienee meillä norjalais-ruotsalaista perua ja yhdistettävissä differentioiviin porrastuksiin, jotka eriytyivät esiin varsinkin Eckhoffin vuonna 1943 julkaistun väitöskirjan, Boldingin vuonna 1951 julkais-tun väitöskirjan sekä Ekelöfin pitkäaikaisen työn tuloksina syntyneissä, sinän-sä kaksijakoisiksi muodostuneissa pohjoismaisissa todennäköisyysteorioissa. Vaikka aluksi ilmeni vieroksuntaa, kävi välttämättömäksi yhdistää kysymykset näyttökynnyksestä ja todistustaakasta yhdeksi ”ongelmakokonaisuudeksi.”³⁸⁵ Näytön määrän ja vaadittavan näytön standardit ovat kuitenkin vanhempaa, jo common law’n perua; myös saksalaisella kielialueella puhutaan näytön mää-rästä, Beweismaß.

Mielestäni tärkeää sekä teorian että käytännön kannalta on tehdä ero toi-saalta näyttökynnyksen asettamisen ja toisaalta esitetyn näytön riittävyyden ratkaisemisen välillä. Yleinen puhe ”näyttökynnyskysymyksestä” tai ”näytön riittävyyden problematiikasta” on kryptistä, jos ei tuoda ilmi, tarkoitetaanko vaa-dittavan näytön vahvuutta vai esitetyn todistelun riittävyyttä suhteessa asetet-tuun näyttökynnykseen. Jo Olivecrona piti tärkeänä näiden kahden erottamista toisistaan,³⁸⁶ samoin Bolding.³⁸⁷ Ekelöf teki tämän erottelun mahdollisimman havainnolliseksi todennäköisyysasteikollaan (bevisbördepunkt eli todistustaak-kapiste taakan ja näyttökynnyksen kuvaajana ja bevisvärdepunkt eli todistus-arvopiste saavutetun todistusarvon kuvaajana).³⁸⁸

Rikosasioissa on tänä päivänä näyttökynnyksen sanallisena ilmauksena laajalti, common law-järjestelmissä ja monissa mannermaisissa järjestelmissä, beyond reasonable doubt (brd) ja siitä eri kieliin johdetut versiot. Riitajutuissa kirjo on laajempi ja käsittää erilaisia versiota. Toisissa järjestelmissä – kuten Saksassa – lähtökohta on kaikissa jutuissa samanlainen eli tuomarin subjektiivinen vakuuttuneisuus, tai jokin muu kynnys, joka määrittää näytöltä vaadittavan todennäköisyyden tai vahvuuden.

Tarvitaanko näyttökynnystä? Bolding on väitöskirjassaan vuonna 1951 esittä-nyt, että jokaisessa prosessissa täytyy soveltaa todistustaakkasääntöjä.³⁸⁹ Hänen vastaväittäjänsä Ekelöf on pitäytynyt näkemyksessään, että jos oikeus katsoo ”täyden näytön” olevan käsillä joko kantajan tai vastaajan kannan hyväksi, sen

³⁸⁵ Boman 1990, s. 113; Bolding 1990, s. 106.

³⁸⁶ Olivecrona 1930, s. 132.

³⁸⁷ Bolding 1951, s. 125 – 126.

³⁸⁸ Esimerkiksi Ekelöf 1977, s. 71 – 73.

³⁸⁹ Bolding 1951, s. 157 – 158. Bolding kritisoi tällä perinteistä väitettä, että todistustaakkasääntöjä tarvitaan vain, jos vallitsee epätietoisuus (ovisshet). Hän korosti, että jokaisessa oikeudenkäynnissä joudutaan otta-maan kantaa siihen, mikä todennäköisyyden aste on saavutettu, ja siihen, mikä todennäköisyyden aste on vaadittava, jotta kyseinen tosiseikka voitaisiin panna tuomion pohjaksi; s. 161 – 162.

ei yleensä tarvitse ”ryhtyä painimaan” (”ge sig i kast”) sen kysymyksen kanssa, missä todistustaakkapiste sijaitsee. Piste on sijoitettava, jos ratkaisun perustelut halutaan kirjoittaa niin yksityiskohtaisesti, että niistä selviää, paitsi jutussa esitetyn näytön vahvuus, myös syy siihen, että tämä näyttö on ollut riittävää.³⁹⁰ Myös Bolding on myöntänyt, ettei todistustaakkapisteiden paikkaa aina tarvitse selvittää; hänen mukaansa ”det i de flesta fall redan vid första anblicken står klart att bevisstyrkan är åtminstone så stor som man rimligtvis kan kräva eller åtminstone så liten att den ej räcker”³⁹¹. Ekelöf lisää tähän, että jos on olemassa täysi näyttö jommankumman asianosaisen kannan hyväksi, tästä voidaan tehdä *kokonaisuutena katsoen* johtopäätös, että ”näytön vahvuus on ainakin niin suuri kuin kohtuudella voidaan vaatia”, ”*vilken part bevisbördan än må åvila enligt gällande rätt*”.³⁹²

Säädännäisen oikeuden todistustaakkanormeja on lopulta vähän. Silloin kun normi annetaan, taustaoletus lienee kuitenkin, että se on yleinen – ainakin siinä mielessä, että säännön soveltaja eli tuomioistuin sen käsiteltävänä olevissa yksittäisissä jutuissa ei poikkea siitä ”från mål till mål”. Normiin kuuluneet tietty yleispätevyys.³⁹³ Myös esimerkiksi vuoden 1948 OK 17:1:n säännös on nähty ilmauksena siitä, että todistustaakan asettamista ei ole jätetty tuomioistuimelle in casu suoritettavaksi.³⁹⁴

Toisaalta todistustaakkaa käsittelevä kirjallisuus sisältää erilaisia tulkintasuosituksia siitä, miten taakka jossakin tilanteessa olisi kirjoittajan mielestä ja hänen ehkä esittämillään argumenteilla jaettava. Usein tällaisia ”normeja” suositetaan tai asetetaan myös aineellisen oikeuden sisältöä koskevassa oikeuskirjallisuudessa. Ehkä on pidetty hiljaisesti itsestään selvänä, että todistustaakan jakoa koskevien sääntöjen muodosteljoina ja suosittajina toimivat lainopin tutkijat. Toisinaan tulkintasuosituksen ja voimassaolevan oikeuden kuvausten rajanvetoon ei ole kiinnitetty riittävästi huomiota.³⁹⁵ Joka tapauksessa näkökulman tiedostaminen auttaa sen seikan pohdinnassa, kuka todistustaakan asettajaksi on ehkä perinteisesti mielletty. Myös lainopilliset tutkijat voidaan lukea perinteisen todistustaakan jakoa koskevien sääntöjen kehittäjien joukkoon.

390 Ekelöf 1952, s. 224.

391 Bolding 1951, s. 189 ja 162.

392 Ekelöf 1952, s. 225. Kursivoinnit Ekelöfin. Hän perustelee lausumaansa sillä, että todistustaakkakysymys on usein monimutkainen ja prejudikaattien perusteluista ei saa varmaa johtoa.

393 Esimerkiksi Virolainen 1995, s. 45 lausuu, että muutamien laissa säädettyjen todistustaakkanormien lisäksi on oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa kehitelty useita vakiintuneita todistustaakkanormeja. Virolainen mainitsee esimerkkeinä todistustaakan sopimuksen syntymisestä olevan siihen vetoavalla, velan maksusta velallisella, oikeustoimen pätemättömyydestä siihen vetoavalla.

394 Esimerkiksi Halila 1955, s. 63.

395 Tässä suhteessa todistustaakkaa koskevat esitykset eivät ole poikkeuksia lainopillisen kirjallisuuden valtavirrassa.

Seuraavassa esityksessä käsittelen ensin ”täyden näytön” käsitettä näyttökynnyksenä. Tämän jälkeen käsittelen yleisellä tasolla sitä, mitä tarkoittaa tuomarin vakuuttuneisuus näyttökynnyksenä; paitsi että vakuuttuneisuus on edelleen eräs näyttökynnyksen yleinen kriteeri, vakuuttuneisuuden pohdinnan tekee ajan-kohtaiseksi myös uuden OK 17 luvun näytön riittävyys kriteeri, uskottavuus. Tämän jälkeen ”punaisena lankana” on vastauksen etsiminen hahmottelemaani kysymykseen työnjaosta lainsäätäjän ja lainkäyttäjän välillä kynnyksen asettamisessa. Siirryn siksi ulkoisempaan näkökulmaan eli näyttökynnyksen laissa ilmaistuihin tai oikeuskäytännössä vakiintuneisiin määrityksiin. Tässä yhteydessä käsittelen OK 17 luvun uudistusta, myös uskottavuus-kriteerin kannalta. Tarkastelen myös oikeuskäytäntöä. Jakson lopuksi tarkastelen erikseen beyond reasonable -kynnystä (brd) sekä etsin vastauksia eräisiin erityiskysymyksiin.

Käytän siis kahtiajakoa lainsäätäjä vs. lainkäyttäjä. Tämä ei ole ”koko totuus”, sillä voidaan kysyä, onko lainsäätäjänkin toimivallalla säännellä näyttökynnystä ja todistustaakkaa rajoja ja jos on, missä ne ovat. Tarkoitan ylikansallista sääntelyä, käytännössä lähinnä sitä, miten esimerkiksi EIS:n 6 artiklassa sekä sitä koskevassa EIT:n oikeuskäytännössä oleva oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus heijastuu kansalliselle lainsäätäjälle. Jäljempänä käsittelen näyttökynnyksen legaalisääntelyä, ja se osoittaa brd-standardin yleisesti hyväksytyksi rikosasioissa. Samoin ilmenee, että EIT on hyväksynyt tuon kynnyksen. Entä jos kansallinen lainsäätäjä haluaa laskea kynnystä? Lainsäätäjä tai oikeuskäytäntö on saattanut laskea rikosjutun näyttökynnystä eräissä suhteissa, kuten subjektiivisten tunnusmerkistötekijöiden (tahallisuuden) kohdalla – Suomessa näin on tapahtunut dolus eventualiksen kohdalla. Lisäksi ulkomaisissa rikosoikeusjärjestelmissä on olemassa objektiiviseen vastuuseen perustuvia kriminalisointeja ja rikosoikeudellisia presumptioita. Esimerkiksi ratkaisussaan *Salabiaku v. Ranska*, kohdissa 27 ja 28, EIT ottaa kantaa yksittäisen ulkoisen tosiseikan penalisointiin ja rikosoikeudellisiin presumptioihin: ³⁹⁶

27. ”...In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States...”

28. This shift from the idea of accountability in criminal law to the notion of guilt shows the very relative nature of such a distinction. It raises a question with regard to Article 6 para. 2 (art. 6-2) of the Convention. Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain

396 *Salabiaku v. Ranska* 7.10.1988 (10519/83).

limits in this respect as regards criminal law... Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence...”

Kysymys lainsäätäjän toimivallalla (ainakin käytännössä) olevista rajoista ei siis ole teoreettinen. Käsittelen rikosoikeudellisia presumptioita jäljempänä erikseen, mutta muutoin jätän kysymyksen osaltani pääosin kuitenkin sivuun.³⁹⁷

5.2 Täysi näyttö ja näyttökynnys. Perinteinen määritelmä ja täysi näyttö riittävänä näyttönä

Klassinen tapa ilmaista sanallisesti, minkälainen näyttö normaalitilanteessa on riittävä näyttö, on ollut käyttää termiä täysi näyttö. Ruotsin uuden RB:n astuttua voimaan Ekelöf kuvasi ruotsalaista järjestelmää niin, että ”...torde man i Sverige allmänt anse, att det krävs ”fullt bevis”, såvida ej lagen stdagar om vilken bevisstyrka som är tillräcklig”.³⁹⁸ Tämän – termiksi ”det svenska systemet” tiivistetyn – väitteen paikkansapitävyys kuitenkin asetettiin kysymyksenalaiseksi.³⁹⁹

Ekelöf määritteli samassa yhteydessä täyden näytön sellaiseksi, jonka ei tosin tarvinnut aiheuttaa täydellistä varmuutta mutta kyllä ”en högre grad av sannolikhet”.⁴⁰⁰ Hänen mukaansa täysi näyttö on enemmän kuin ”todennäköiset syyt” mutta vähemmän kuin ”ilmeinen”.⁴⁰¹ Tirkkosen tunnetun määritelmän mukaan täydellä näytöllä tarkoitetaan ”eräänlaista korkeamman asteen todennäköisyyttä eli siis sellaista todennäköisyyden määrää, joka riittää saamaan järkevän ja tunnollisen henkilön vakuuttuneeksi siitä, että tosiseikka todella

397 Ks. esimerkiksi Strandbakken 2003, s. 373 – 380.

398 Ekelöf 1947, s. 11.

399 Lassen 1949, s. 200, ja laajemmin Bolding 1951, s. 100 – 103. Lassenin mukaan ”ei, huolimatta siitä, mitä Ekelöf sanoo, liene voitu välttää sitä, että tuomioistuimet ovat käsittäneet vapaan todistusharkinnan periaatteen sisältävän myös tietyn vapauden niille ratkaista, miten vahvaa näyttöä esillä olevassa tapauksessa vaaditaan, kun näytön riittävyys ei ole säännelty säädöksellä. Se, totetutuuko tämä siinä muodossa, että tuomioistuimet katsovat olevansa oikeutettuja tuntemaan olevansa täysin vakuuttuneita heikon näytön perusteella – so. hyväksymään sen ’täydeksi näytöksi’ – tai tietoisesti tyytymään ’todennäköisiin syihin’ tai johonkin ’todennäköisten syiden’ ja täyden näytön’ välillä olevaan, on jätettävä sikseen.” Bolding taas torjuu ”ruotsalaisen järjestelmän” siinä yhteydessä, kun hän analysoiden RB:n uudistuksen esitöitä ja oikeuskäytäntöä raivaa tilaa övervikt-periaatteensa soveltamisen oikeutukselle.

400 Ekelöf 1947, s. 1 – 2.

401 Ekelöf 1947, s.11; Ekelöfin terminologiassa termit ovat ’sannolika skäl’ ja ’uppenbart’. Hän lausuu, ettei ainakaan hän osaa ilmoittaa tarkemmin, mitä näytön vahvuutta tarkoitetaan. Tuomarin täytyy luottaa intuitiionsa, kun on ratkaistava, täyttääkö todistelu täyden näytön. Hän huomauttaa kuitenkin, että legaalisen todistusteorian vaikutuksesta näyttää – vapaan todistusharkinnankin alettua saada jalansijaa – lähdetyn siitä, että tuomioistuimen vakuuttuneisuuden täyden näytön kohdalla tulee ainakin lähestyä täydellistä varmuutta.

on olemassa”.⁴⁰² Tirkkosenkaan määritelmä ei ollut uusi keksintö; kuva puoleettomasta ja tunnollisesta kontrollihenkilöstä on liittynyt säännönmukaisesti vapaan todistusten harkinnan suorittajaan, usein vastakohtana harkinnan mielivaltaisuuden mielikuvalle.⁴⁰³ Muut meillä myöhemmin esitetyt määritelmät myötäilevät tätä määritystä.⁴⁰⁴ Kysymyksessä on siis jonkinlaisen fiktiivisen bonus paterfamilias -tuomarin subjektiivinen mittapuu.

Jo Tirkkonen mainitsee kuitenkin myös, että joissakin tilanteissa edellä mainitusta ”täyden näytön” vaatimuksesta voidaan poiketa jompaankumpaan suuntaan. Vähemmän näytön eli hänen terminologiallaan todennäköisyysnäytön (”alemmman asteen todennäköisyyden”) saavuttaminen riittää, jos laki edellyttää vain ”todennäköisiä syitä” tai ”todennäköisiä perusteita”, mutta joissakin tilanteissa laki voi vaatia ”normaalialia vahvempaa näyttöä”.⁴⁰⁵ Tirkkonen lieventää sanontaansa, että kysymys olisi nimenomaan lailla säädelyistä joustotilanteista alaspäin, toteamalla, että oikeuskäytännössä saatetaan jonkin seikan suhteen tyytyä vähempään kuin täyteen näyttöön. Esimerkkeinä hän mainitsee faktiset presumptiot ja dispositiiviset riita-asiat. Päänäytön kumoamiseksi ei myöskään vaadita yhtä vahvaa vastanäyttöä; riittää, että se, ”kaikki asiassa ilmenneet seikat huomioon ottaen” on ”omansa järkyttämään” päänäytön vakuuttavuutta.⁴⁰⁶

Edellä mainitun määritelmä on koskenut lähinnä yksinäistuumaria. Järkevän ja tunnollisen kollegion vakuuttuneisuuden määrittely olisi ongelmallisempaa - entä jos kollegio äänestää näyttökysymyksestä? Ainakin on yksinkertaistettua sanoa, että kollegion vakuuttuneisuus on osiensa summa.

Useat tutkijat ovat esittäneet käsitteestä luopumista.⁴⁰⁷ Täyden näytön perusongelma on siinä, että se pohjautuu legaalisen todistusteorian käsitteistöön

402 Tirkkonen, 1949, s. 25 ja 1977, s. 100. Tirkkonen ei tarkoittane todennäköisyyttä matemaattisena käsitteenä, sillä hän ei ilmaise, mihin hän vertaa tuota edellyttämäänsä todennäköisyyttä. – Klami 1998, s. 1390, huomauttaa, että ”saksalaisesta prosessioikeudellisesta kirjallisuudesta lainattu” Tirkkosen ja Halilan ”täyden näytön” määritelmä ilmentää subjektiivista näyttökynnystä.

403 Esimerkiksi Grönvall 1909, s. 162, kuvaa vapaan todisteiden harkinnan pohjalta tehtävää näyttöratkaisua tällä kriteerillä.

404 Halila 1955, s. 1: prosessissa ei voida pyrkiä ehdottomaan varmuuteen, ”vaan ainoastaan riittävänä pidettävän todennäköisyyssasteen, tavallisesti ns. täyden näytön, saavuttamiseen”. Heinonen 1980, s. 321 – 330 pohtii rikosasian näyttökynnyksen määrittelyä ja korkeutta muun ohella eri vaihtoehtojen valossa. Hän katsoo s. 328 – 330 vaihtoehdon ”syylisyys on näytetty toteen” vastanneen tuolloin parhaiten voimassa ollutta normia, mutta merkille pantavaa on, että hän katsoo common law -vaihtoehdon ”syylisyydestä ei jää järkevää epäilystä” sopivan myös jo tuonaikaisen kynnyksen kuvaamiseen. Ks. myös Klami – Rahikainen – Sorvettu-la 1987, s. 29. Leppänen 1998, s. 145 katsoo, ettei täyden näytön vaatimus ole lähelläkään täyttä varmuutta, ja päättelee sen olevan meillä pääsääntö jo e contrario siitä, että laissa yleensä ilmoitetaan, jos näyttövaatimuksen tarkoitettu olevan normaalia alempi, ”todennäköinen”.

405 Tirkkonen 1977, s. 100.

406 Tirkkonen 1977, s. 100 – 101.

407 Esimerkiksi Lappalainen 2001 laittaa termin hakemistossaan s. 501 ja tekstissä s. 295 – 297 ja 342 – 343 lainausmerkkeihin ja s. 343 katsoo, ettei tämä legaalista todistusteoriasta juontava käsite ole samalla tavoin välttämätön kuin tuon teorian vallitessa, vaan että vapaan todistusteorian aikana tullaan hyvin hyvin toimeen puhumalla yksistään *riittävästä* näytöstä. (kursivointi Lappalaisen). – Samalla kannalla myös Virolainen 1986, s. 907 alaviite 46.

ja sellaisena viittaa menneisyyteen.⁴⁰⁸ Tuon teorian valtakaudella oli (ainakin näennäisen) yksinkertaista laskea yhteen todisteita ja määrätä niiden näyttöarvo. Puhe täydestä näytöstä puolen näytön vastaparina oli luontevaa ja perustui lakiin. Vapaaseen todistusteoriaan siirryttäessä vanhasta ajattelutavasta ei heti päästy irti, vaan käsitteitä siirtyi pienin ehostuksin uuteen järjestelmään. Mahdollista on, että ajatusluutumien säilymiseen vaikutti ja sen mahdollisti se, että siirtyminen tapahtui vaiheittaisena tapahtumasarjana, jossa vuoden 1948 OK 17 luvun voimaantulo oli osittain jo vähitellen tapahtuneen kehityksen kirjaanpanoa. On ehkä yleensäkin epärealistista olettaa, että tämänkaltaiset ajattelutottumukset muuttuvat nopeasti lainsäätäjän sulkakynän vedolla.

Täydelle näytölle esitetty kriteeri, tuomarin vakuuttuminen, oli myös omiaan ylläpitämään legaalisen todistusteorian ajalta periytyvää mielikuvaa siitä, että täyden näytön määrä oli jollakin tavalla stabiili ja ennalta määrätty; vaatimustaso oli jo olemassa, kysymys oikeudenkäynnissä oli vain sen saavuttamisesta tai saavuttamatta jäämisestä. Jos tällainen ajatus oli jollakin tavalla puolustettavissa legaalisen todistusteorian aikana, kun määriteltyjä todisteita saatettiin laskea kaavan mukaisesti, vapaan todistusteorian aikana se on illusorinen. Skeptikko kysyy kuitenkin, eikö matemaattinen todistusharkinta Bayesin teoreemoineen tähtää juuri samaan, joskin sofistikoitumiseen laskemiseen.

Toisaalta Ruotsin HD käyttää vastaavaa käsitettä (full bevisning tai fullt bevis) edelleen.⁴⁰⁹ Ehkä termiä täysi näyttö ei tarvitsekaan ymmärtää samanahtaisena näytön vahvuuden ”askelmerkkinä” kuin näytön todennäköisyyttä luonnehtivat asteikon ilmaisut varma, ilmeinen, todennäköinen ja oletettava. Tirkkosen määritelmän pohjalta voisi ehkä sanoa, että täysi näyttö siinä on suunnilleen sama kuin asteikolla olisi ”ilmeinen” näyttö, jolloin esimerkiksi ”todennäköisyysnäyttö” ei tällöin olisi ”täysi näyttö”. Termin voi ymmärtää myös toisin eli niin, että näyttö ”täyttyy” kun asetettu kynnys ylittyy – oli se kynnys sitten ”eräänlainen korkeamman asteen todennäköisyys”, alennettu ”todennäköisempi kuin” – tai ehkä jopa ”uskottava”. Tämä määrittely pohjautuisi enemmänkin käsillä olevan näytön määrään suhteessa muihin ”määriin”. Termin voisi ymmärtää samalla tavoin kuin Diesen tulkitsee yleisellä⁴¹⁰ tasolla HD:n käyttämän termin ”styrkt”: Se kuvaa vain sitä, että *tuossa tilanteessa vaadittu vahvuus on saavutettu, tullut täyteen*.⁴¹¹ Jos esimerkiksi vaatimuksena on ollut aste ’antagligt’ ja sen alaraja on ylitetty, voisi käsittääkseni sanoa esitetyn ”fullt bevis”.⁴¹²

408 Ks. Lappalainen 2001, s. 296 ja 342.

409 Esimerkiksi NJA 2017 s. 642.

410 ”Erityisellä” tasolla eli dispositiivisten riita-asioiden kohdalla Diesen pohtii kuitenkin laajasti, mihin ”styrkt” sijoittuu: Diesen – Strandberg 2012 s. 302 – 312.

411 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 302; myös ”en fullständig bevisning” s. 300.

412 Halila 1955, s. 1 lausuu, että prosessissa ei voida pyrkiä ehdottomaan varmuuteen, ”vaan ainoastaan riittävänä

Kysymykseen todistusharkinnan vapauden ulottumisesta todistustaakan ja näyttökynnyksen määrittämiseen liittyy siis debatti siitä, voiko näyttökynnyks vaihdella juttukohtaisesti eli onko se – ja saako se olla – ”case-sensitiivinen”. Tästähen Bengt Lassenin äsken viitatussa epäilyssä oli kysymys. Tirkkosen näkemykset olivat lopulta yllättävän liberaaleja.

Ehkä ensimmäisiä suomalaisia puheenvuoroja, jossa täyden näytön vaatimusta rikosasiassa lähdettiin analysoimaan ja hiukan kyseenalaistamaan, oli Olavi Heinosen artikkeli vuonna 1980 Lakimies-lehdessä. Hän lähti vallitsevan kielenkäytön ja auktoriteettien pohjalta toistaen Tirkkosen tunnetun määritelmän ”eräänlaisesta korkeamman asteen todennäköisyydestä”, mutta kysyi heti tämän jälkeen, voidaanko totena pitää sellaista, mikä on vain todennäköistä. Heinonen siteerasi Max Hirschbergiä: ”Vuosia jatkuneessa tuomitsemistoiminnassa kehittyä taipumus tyytyä yhä enemmän todennäköisyyteen ja luopua varmuudesta. Tuomitsemisen edellyttämä selvyys, tietoisuus varmuudesta, ei ole korkeamman asteen todennäköisyyttä.”⁴¹³ Lisäksi hän kiinnitti John Kaplaniin⁴¹⁴ liittyen huomiota siihen näkökantaan, ettei ”ehdotonta varmuutta menneisyydessä sattuneista tapahtumista voida saada yhtä vähän kuin ehdotonta varmuutta siitä, mitä tulevaisuudessa tapahtuu.” Näyttö voi lähestyä varmuutta, mutta ei koskaan saavuta sitä. Edellyttääkö Suomen (syyksilukemiseen vaadittavan näytön ilmaiseva) normi varmuutta tai korkeamman asteen todennäköisyyttä? Normilla ei voida rikkoa luonnonlakeja, Heinonen lausuu, mutta jos Tirkkosen tulkinta riittää, ongelma poistuu. Heinonen arvioi, että varma tieto edellyttäneen sen totuudellisuudesta 100 prosentin varmuutta; korkea-asteista todennäköisyyttä voitaisiin kuvata esimerkiksi 99 prosentin varmuudella todeksi.⁴¹⁵

Jäljempänä en käytä täyden näytön käsitettä muussa merkityksessä kuin viitatessani perinteiseen määrittelyyn. Muutoin yleisesti käypä termi on *riittävä* näyttö. Se kuvaa suhdetta kyseisessä todistelutilanteessa sovellettavaan näyttövaatimukseen. Mitä siis on riittävä näyttö? Riittänee lähteminen instrumentaalista määrittäyksestä: riittävä näyttö on sellainen määrä näyttöä, jonka näyttöä

pidettävän todennäköisyyssasteen, tavallisesti ns. täyden näytön, saavuttamiseen”. En uskalla väittää, että tämä vastaisi varmuudella samaa eli yhtälöä ’kulloinkin riittävä’ = ’täysi’.

413 Heinonen 1980, s. 326; Max Hirschberg: Das Fehlurteil im Strafprozess. Stuttgart 1960, s. 94. Sitaatti tässä Heinosen kautta.

414 Heinonen 1980, s. 326; John Kaplan, Decision Theory and Factfinding Process. Stanford Law Review 1968, s. 1071.

415 Heinonen 1980, s. 321 ja 325 – 327. - Taustaa 99 prosentin vaatimukselle antanevat Heinosen esiinnostamat syytteiden hylkäämispromillet (s. 322) Suomessa: vuonna 1965 2,67 promillea ja vuonna 1975 1,20 promillea. Todennäköisyyden prosenttiluvut ovat kuitenkin illusorisia eikä niitä tulisi käyttää muuten kuin heuristisina apuvälineinä. Heinosen oma ensimmäinen esimerkki osoittaa sen osaltaan todeksi. Hän nimittäin jatkaa s. 327: ”Arkikokemuksemme mukaan historia on täynnä 100 %:n varmuudella sattuneita tapahtumia. Näin varmoja olemme esimerkiksi, jos tieto tapahtumasta perustuu muistissamme säilyneisiin omiin havaintoihimme...” – Kokeellinen psykologia käsittääkseni osoittaa, miten erehdyksille altis on – paitsi jo ihmisen havaintokyky ja mieleenpainaminen – myös muisti ja muistista palauttaminen.

harkitseva tuomari tai tuomioistuinkollegio esillä olevassa tilanteessa, kaiken esitetyn luovallisen aineiston pohjalta ja esitetyn näytön vastaanotettuaan, harkitsee vastaavan vahvuudeltaan vähintäänkin vastaavan tilanteessa sovellettavaa näyttökynnystä, jotta todistelun kohteena oleva seikka, seikasto tai tema voidaan katsoa näytetyksi. ”Katsominen” on mielikuva-arviointia; riittävyyden ilmaiseminen esityksellisessäkin tarkoituksessa esimerkiksi lukuarvona voi olla harhaanjohtavaa jo siksi, että se luo vaikutelman jostakin eksaktista, jopa luonnontieteelliseen rinnastuvasta tieteellisestä menetelmästä. Vaikutelma on väärä, mutta *keskinäisten suhteiden* ilmaiseminen pääpiirteisin lukuarvoin saattaa olla heuristisesti luontevaa.

5.3 Tuomarin vakuuttuneisuudesta näyttökynnyksenä tai todistusharkinnan päätepisteenä

5.3.1 Johdantoa

Onko näyttötuomarin oltava vakuuttunut näyttöratkaisunsa oikeellisuudesta? Tätähän perinteinen määritelmä edellyttäisi, ja sitä suunnilleen vastaava vakuuttuneisuus, *Überzeugung*, on edelleen näyttökynnyksenä Saksassa niin riita- kuin rikosjutuissakin. Näin asetettuna kysymys on kuitenkin väljä. Vakuuttuneisuuden käsitteellä on useita aspekteja. Vakuuttuneisuus on lähtökohtaisesti subjektiivinen käsite ja tarkoittaa henkilön käsitystä kognitiivisesta tilastaan koskien esillä olevaa kysymystä, kuten väitteen paikkansapitävyyttä. Vakuuttuneisuus ei ole täsmällinen tila, vaan sisältää, kuten tiedon todennäköisyysskin, erilaisia asteita ja vyöhykkeitä. Käsittelen näitä jäljempänä, käyttäen kuitenkin etupäässä uskomus-terminologiaa, joka näyttäisi filosofiassa olevan vakuuttuneisuutta tavallisempi.

Todistusharkinnan järjestelmä perustuu ainakin jossain mielessä vakuuttuneisuuden pohjalle. Harkitsija on henkilö, *fact-finder*; syyttäjän ja muun näyttövelvollisen tavoite on saada hänet vakuuttuneeksi esitetyistä väitteistä, ja vastapuolen päärooli on estää tämä. Rikosjutussa tosin jo syyttömyyssolettama vaikuttaa lähtötilanteeseen.

Mikä vakuuttumisen kannalta on todistustaakka- ja näyttökynnyssääntöjen merkitys? Merkitys on nähdäkseni teknisluontoinen ja inhimillisen toiminnan sekä toimintakyvyn edellytykset ja rajoitukset realistisesti huomioon ottava. Absoluuttista, täydellistä vakuuttuneisuutta väitetyn tosiseikan tai seikaston paikkansapitävyydestä ei vaadita, vaan riittää, että näyttökynnyksen määräämä todennäköisyyden taso ylitetään. Tuomarin on oltava vakuuttunut siitä, että kynnys ylittyy, ei siitä, että seikka ehdottomasti pitää paikkansa.

Subjektiiviseen toimintaan liittyy aina jonkinasteinen mielivallan mahdollisuus ja pelko. Siksi oikeusjärjestelmissä vaaditaan, että tosiseikat on näytettävä

toteen, jotta lopputulos voitaisiin perustaa niille. Mielivaltaa estetään kontrollijärjestelmillä, joista perusteluvelvollisuus ja muutoksenhakumahdollisuus lienevät tärkeimmät. Muihin, informaalisempiin järjestelmiin kuuluvat esimerkiksi erilaiset tiedonkulun kanavat, joissa pääroolissa ovat intersubjektiiviset näkökohdat, esimerkiksi vapaammat yleiskeskustelut. Intersubjektiivisuudella on vahva rooli myös muutoksenhakujärjestelmässä.

Edellä sanottu koskee lähinnä yksittäistä näyttötuomaria. Kollegion päätöksenteko ja vakuuttuneisuus on teknisesti monimutkaisempi ilmiö, mutta lopputulos ei periaatteessa eroa. Kollegion ratkaisu kertoo, missä määrin jäsenet olivat kukin vakuuttuneita, ja erimielisten lausunnot tuovat selvästi ilmi, että vakuuttuneisuutta edellytetään jokaiselta: jos jäsen ei sitä saavuta, hän tuo sen julki. Kollegiossa intersubjektiivinen kontrolli tapahtuu ja palaute kulkee jo neuvottelussa.

Puhejärkevästä bonus paterfamilias -tyyppisestä tuomarista on ehkä turhan ylevää kielenkäyttöä. Jokainen tuomari pyrkii mahdollisimman hyvään lopputulokseen. Mitä on ajateltava niistä epälukeisista tapauksista, joissa toinen tuomioistuimien muuttaa toisen tuomioistuimen todisteluun liittyvää arviointia. Eikö siis edellinen ollutkaan toiminut riittävän huolellisesti, huolellisen tuomarin tavoin? Entä jos juttu pääsee kolmanteen asteeseen ja kolmas muuttaa toisen arviota. Eikö siis toinenkaan toiminut riittävän huolellisesti? Arkitodellisuus pakottaa hyväksymään sen moneuden, että eri ihmiset, tuomaritkin, vakuuttuvat eri tavoin, jopa päinvastaisesti, vaikka heidän järkevyyttään ja tunnollisuuttaan ei ole aihetta asettaa kyseenalaiseksi.⁴¹⁶

416 Ennakkopäätöstä KKO 2000:14 lukuun ottamatta ei liene tapauksia, joissa olisi yritetty ajaa syytettyä virkarikoksesta sillä perusteella, että näyttö olisi arvioitu väärin. RO oli hylännyt asianomistajien A, B ja C asianajajaa vastaan ajaman rangaistusvaatimuksen ja samalla tuominut nämä perättömäksi ilmiannosta vankeusrangaistuksiin. HO hylkäsi syytteet. Asianomistajat vaativat RO:n jäsenille rangaistusta tuottamuksesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. HO piti RO:n jäsenten menettelyä A:n, B:n ja C:n rangaistuksiin tuomitsemisessa eräin osin virheellisenä, mutta hylkäsi syytteet katsoessaan teon kokonaisuutena arvioiden vähäiseksi. HO tuomitsi valtion kuitenkin korvausvelvolliseksi. KKO totesi muun ohella, että RO:n tehdessä ratkaisunsa kysymys oli ollut siitä, mihin johtopäätökseen RO oli asiassa päätenyt arvioidessaan esitetyn näytön todistusarvoa ja minkälaisen oikeudellisen arvion RO oli tämän perusteella tehnyt. ”Se että alioikeuden johtopäätös voidaan kyseenalaistaa, niinkuin tässäkin tapauksessa jopa niin että ylempi oikeus on päätenyt toiseen lopputulokseen kuin alioikeus, ei oikeuta päättelemään, että alioikeuden jäsenet olisivat syyllistyneet huolimattomuuteen tai varomattomuuteen tuomitsemistoiminnassa. Näytön arvioinnin samoin kuin sen perusteella tehtävän oikeudellisen arvioinnin tulee olla ilmeisen virheellistä, jotta voitaisiin katsoa menettelyn olevan rikoslain 40 luvun 11 §:ssä tarkoitettulla tavalla huolimattomasti tai varomattomasti perustavan valtiolle vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:ssä tarkoitetun korvausvastuun. Tässä tapauksessa ei ole ilmennyt aihetta katsoa, että raastuvanoikeuden jäsenet olisivat asiassa A:tta, B:tä ja C:tä vastaan ajettua kannetta käsitellessään ja ratkaisun tehdessään menettelleet mainitulla tavalla huolimattomasti tai varomattomasti.” Rangaistusvaatimukset jäivät siis hylätyiksi ja KKO myös vapautti valtion korvausvastuusta.

Ratkaisussa KKO 1938 II 410 virkatuomaria syytettiin virkavirheestä, kun hän ei ollut noudattanut KKO:n ratkaisulinjaa. Finlex-tiivistyksen mukaan ”koska siitä, miten sovellettavaa RL:n säännöstä oli tulkittava, oli lainkäytössä ilmaantunut eri mieltä, virkasytettä hylättiin”. – Ratkaisusta Nuutila, 1997 s. 250 – 251. Hän pohdiskelee myös lautamiehen roolia tämän muuttuneen aseman valossa. – KKO:n muututtua prejudikaattituomioistuimeksi käytiin 1980-luvun alkupuolella debattia ennakkopäätösten sitovuudesta. Siitä Linna 1989, s. 773 – 775 ja alaviite 7. – Käsittäkseni sen paremmin näytön arvioinnin kuin tulkintakysymystenkin ”revisio” ei kuulu virkarikosoikeudenkäynnissä suoritettavaksi – vaan muutoksenhakujärjestelmän ohella esimerkiksi kriittisen oikeustieteen tehtäväksi.

Oma lukunsa on common law'n juryn eli valamiehistön fact-finding ja sen lopputulos. Myös common law -järjestelmässä on erilaisia näyttökynnyksiä, ja tuomari opastaa juryä näihinkin liittyvistä kysymyksistä, ennen kuin jury vetäytyy harkitsemaan ratkaisuaan. Perusteluja jury ei perinteisesti ole saanut päätökselleen antaa. Tässä suhteessa on tapahtunut jonkin verran muutosta, ehkä osin EIT:n käytännönkin pohjalta. Jurylle voidaan ainakin mannermaisisissa järjestelmissä nykyään esittää kyllä tai ei -tapaan vastattavia kysymyksiä, jotka valmistellaan etukäteen.

5.3.2 Historiaa

Keskiajan ja uuden ajan alkupuolen oikeusfilosofeja askarrutti vuosisatojen ajan kysymys tuomarin omastatunnosta kahdessa tilanteessa.⁴¹⁷ Ensimmäinen ongelmatilanne oli se, että tuomari oli omantuntonsa – moraalisen omantuntonsa ja oman tietonsa – perusteella vakuuttunut syytetyn olevan syyllinen, mutta laillisesti hankitut todisteet kertoivat muuta eli osoittivat tämän syyttömyyttä. Toinen tilanne oli tämän vastakohta: tuomari oli vakuuttunut syytetyn viattomuudesta, mutta todisteet osoittivat hänet syylliseksi. Miten tuomarin piti ratkaista nämä tilanteet?

Suurimman painoarvon filosofien ratkaisusuosituksissa sai tuomarin julkinen virka ja siihen liittyen todistelun yhteiskunnallinen merkitys. Tuli tuomita sen mukaan, mitä todisteet osoittivat. Vastoin todistelua ratkaiseminen olisi merkinnyt vahingon tuottamista valtion arvovallalle. Ensimmäinen asetelma ei yleensä tuottanutkaan vaikeuksia: syyllinen voitiin vapauttaa. Mutta toinen asetelma muodosti ongelman: pitikö siis oikeasti syytön henkilö tuomita valtion pönkittämiseksi? Näin filosofit suosittivat.⁴¹⁸ Aikojen kuluessa sääntöön esitettiin lievennyksiä, kuten että sitä tuli noudattaa vain riitajutuissa ja vähäisemmissä rikosjutuissa, joissa rangaistuksena oli vain varallisuusrangaistus – ja kun omistusoikeutta ei ehkä tällaiseen syyhyn perustuvana ollut oikeasti menetetty, tuomittu saattoi kaikessa hiljaisuudessa hakea omansa takaisin.⁴¹⁹ Vasta jossakin vaiheessa tuli esille ajatus, että tuomarin ei tulisi mennä tuomitsemaan asiassa, jossa hänellä oli yksityistä tietoa.

⁴¹⁷ Ks. Decock 2013, s. 80 -92.

⁴¹⁸ Decock 2013, s. 80, 84 – 85. Periaatetta kuvasi maksimi *iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicare debet*.

⁴¹⁹ Decock 2013, s. 91.

5.3.3 Tuomarin vakuuttuneisuudesta

Tuomarin vakuuttuneisuus ei inhimillisenä tilana tai näkemyksenä lähtökohdaisesti eroa kenen tahansa ihmisen saavuttamasta vakuuttuneisuudesta. Yhtä vähän eroa on ”vähemmän vakuuttuneisuuden” asteilla. Perinteinen määritelmäkin lähtee henkilöstä, ei tuomarista. Perinteinen määritelmä ei kuitenkaan ota huomioon, että tuomarilla on koulutuksen ja työkokemuksen pohjalta muodostunut ”keskivertokansalaista” paremmat valmiudet esittävän informaation käsittelemiseen, sen totuudellisuuden pohdintaan ja arviointiin sekä näiden prosessien kirjalliseen kuvaamiseen. Uskallan väittää näin, koska harkintatilanne toistuu arkisessa työssä päivästä toiseen, tosin aina hiukan erilaisena, mutta rakenteeltaan samana.⁴²⁰ Olennaista on, että kysymys ei ole koetilanteista, vaan ratkaisuista, jotka vaikuttavat kanssaihminen elämään, joskus hyvin dramaattisesti, ja joista tuomari tietää kantavansa vastuun.

Termi vakuuttuminen on hiukan mahtipontinen ja juhlallinen luonnehtimaan lopputulosta siitä arkisesta päättelytoiminnasta, jota näyttötuomari tai tuomioistuimen jäsenet joutuvat suorittamaan monivivahteisin tavoin hiukan laajemman jutun todistelua arvioitaessa. Jokainen tuomari joutunee myöntämään, ettei aina voi varustaa harkintansa lopputulosta, ainakaan jokaisen yksittäisen seikan kohdalla, vakuuttumisen luonnehdinnalla. Ehkä siksi termiä ei näyttöratkaisun perusteluissa käytetä. Tavallinen tilanne riitajutussa on, että on esitetty melkoinen määrä niin kannetta vastaan kuin kanteen puolestakin puhuvaa näyttöä. Tätä on punnittava vastakkain, pro et contra. Kuvioon sopii vaikeasti vakuuttuneisuuden vaatimus. Jos erityissäätelyä ei ole, kysymys on monesti yksinkertaisesti siitä, että toiseen suuntaan puhuva näyttö painaa enemmän kuin toiseen suuntaan puhuva. Tällöin voi olla luonnollista ja myös niin sanotun lautamiesjärjen mukaista ratkaista juttu sen osapuolen hyväksi, jonka puolesta esitetty näyttö on painavampaa: kumpi vaihtoehto on todennäköisempi.

Rikosjutussa tilanne on toinen, vaikka vakuuttumisen *prosessissa* tuskin on paljon eroa: kysymys on rakenteeltaan samanlaisesta pro et contra -arvioinnista. Sekä todistelun lähtöasemassa että ”maalissa” on kuitenkin eroja, mikä selittyy syyttömyysolettamalla ja syytetyn suosimisen periaatteella. Näyttökynnys määritellään useimmiten siviiliprosessia merkittävästi korkeammaksi (ei varteenotettavaa epäilyä tai vastaava kynnys). Tästä vallinne melko universaali yhteisymmärrys eri järjestelmissä. Sen sijaan rikosjutun todistelun lähtöpisteestä vallitsee oikeuskirjallisuudessa eri mieliä. Ainakin kolmenlaista näkemystä voidaan erottaa: asteikolla lähtöpiste on nollassa, nolaa suurempi

420 Common law -tuomarin jurylle ennen sen todistusharkintaan vetäytymistä esittämät ohjaukset kuvastavat tässä suhteessa omalla tavallaan maallikon ja ammattituomarin eroa. Eräiden ohjeiden mukaan ohjauksessa olisi kehoitettava valamiehiä harkitsemaan näyttöä samalla tavoin kuin omia tärkeitä asioitaan, toisissa tämän mittapuun suositteleva torjutaan.

(kun alkuperäistodennäköisyys antaa pohjalukeman) tai nollaa pienempi (kun syyttäjä lähtee ”takamatkalta”).⁴²¹

Mikä vaikuttaa harkintaan? Harkinnan varsinaisena *kohteena* on näyttö-materiaali, systeemin syöte eli input, joten ei ehkä ole luontevaa sanoa sen *vaikuttavan* harkintaan, *ohjaavan* sitä. Mutta harkintaan vaikuttavat normit ja muu ohjausinformaatio. Muuna ohjausinformaationa, joka voi olla kestoaltaan ja jähmeydeltään erilaista, tulevat kysymykseen toimintaympäristöstä tulevat ohjausimpulssit. Näyttötuomarin harkintapäätelmä, siihen johtava prosessi ja sen lopputulos, on vuorovaikutussuhteessa hänen toimintaympäristöönsä. Kuten kuka tahansa, tuomari on ajan kuluessa saanut ja jatkuvasti saa vaikutteita arvo-maailmaansa siitä toimintaympäristöstä, jossa hän elää ja toimii. Tämä koskee niin moraalisia ja eettisiä arvostuksia kuin arviointeja muutoinkin, esimerkiksi sen arvioinnin ja harkinnan kriteereitä, joita tuomari asettaa todellisuuskäsi-tyksensä ja siten todisteen ja sillä todisteltavan väitetyn seikan totuudellisuuden arvioinnin pohjaksi. Mutta samalla tuomarin ratkaisu suuntautuu ulospäin, toimintaympäristöön, sen enemmän tai vähemmän yleisiin auditorioihin.⁴²²

Kumpikaan arvomaailma ei ole yhtenäinen. Moraalisista ja eettisistä arvois-ta oikeusyhteisön jäsenillä saattaa olla paljon toisistaan poikkeavia käsityksiä, ja voi olla työlästä sanoa edes sitä, mikä näkemys on enemmistönä. Totuudel-lisuusarvioinnissa käytettävät kriteerit eivät nekään, yhteisestä ja yhtenäistä-västä koulutus pohjasta ja ammattikulttuurista huolimatta, ole heterogeenisiä tai ainakaan käytännön tilanteessa sovelluksina ilmene samansisältöisinä tai -vaikutteisina. Konkreettinen osoitus tästä on tarve muutoksenhakujärjestelmän olemassaoloon myös näyttökysymysten kohdalla. Eri oikeusasteiden suoritta-mat näytön arvioinnit poikkeavat toisinaan toisistaan muistakin syistä kuin todisteisiin liittyneiden ad hoc -muuttujien – kuten kertomustaan muuttavien todistajien – vuoksi.

421 Lähtöpisteen paikan problematiikkaa käsittelen jäljempänä alkuperäistodennäköisyyttä koskevassa jaksossa.

422 Systeemitheoria on hyvä väline tuomioistuimen toiminnan kuvaamiseksi. Perusteoksina voi pitää Bertanlaffy 1968, esim. s.38 - 43 ja Eckhoffia 1991, esim.s. 18- 33. Suomessa sitä ovat soveltaneet muiden ohella Sipponen 1970, s. 620 – 621 ja Laakso 1973, s. 663 – 668. Ks. myös Salminen – Kuoppala 1985, s. 119 – 122 ja Heiskanen 1973, s. 185 – 275. – Eckhoff – Sundby 1975, s. 146 huomauttavat, että perinteisellä oikeudelli-sessa ajattelussa käytetyllä ”pyramidikuviolla” (ajatuksineen perus- ja muun tasoisista normeista) on epätoi-vottava vaikutus: se piilottaa oikeuden (law) luonteen *avoimena systeeminä* (kursivointi Eckhoff – Sundby).

5.4 Näyttökynnyksen asettajasta ja asettumisesta. Joustaako näyttökynnys?

5.4.1 Johdantoa debattiin

OK 17 luvun 2 §:n 1 momentissa säädetään todistustaakan pääsäännöstä, 2 momentissa yleisestä näyttökynnyksestä ja 3 momentissa korvauksen ja saatavan määrän erityistilanteesta. Pykälän 4 momentti kuuluu näin:

”Mitä 1 ja 2 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei todistustaakasta tai näytöltä vaadittavasta vahvuudesta laissa toisin säädetä tai asian laadusta muuta johdu. Mitä 3 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei laissa toisin säädetä.”

Konkreettisen näyttökynnyksen ja ehkä jossain määrin todistustaakan kohdalla elää kiistakysymys siitä, vaihteleeke vaatimus jutun laadun tai jonkin muun kriteerin mukaan – ja jos se vaihtelee, missä määrin kynnys joustaa. Kysymys siitä, kuka määrää näyttökynnyksen paikan ja kenellä on siihen toimivalta, on yhteydessä debattiin kynnyksen vaihtelemisesta ja periaatteellisempaan kysymykseen, kuuluuko näyttökynnyksen määrääminen vapaan todistusharkinnan piiriin. Jos näyttökynnyssäntely prosessilajista ja juttutyypistä riippumatta on yksiselitteisesti lainsäätäjän asiana, ei vaihtelusta voida puhua muussa merkityksessä kuin että konkreettinenkin kynnys vaihtelee vain sen mukaan, mitä lainsäätäjä on erityisten tilanteiden varalta säätänyt. Jos taas konkreettisen näyttökynnyksen määräämisen katsotaan kuuluvan vapaan todistusharkinnan piiriin eli näyttötuomarin toimivaltaan, on luonnollista lähteä siitä, että näyttövaatimus voi vaihdella, ehkä jopa ad hoc, ja se voi olla siten ”case-sensitiivinen”. Kolmas vaihtoehto on, että lainsäätäjä asettaa, paitsi erityistilanteiden tarkemmat määrykset, yleiset standardit, joiden puitteissa lainkäyttäjä voi toimia. Myös tässä vaihtoehdossa voi lainkäyttäjällä olla joustavuutta. Kolmannen vaihtoehdon muunnelma on, että säätövaraa on lähinnä prejudikaattiuomioistuimella.

Yksimielisyys näyttää vallitsevan todistusoikeudessa siitä, että todistustaakkasäännöt voivat perustua säädetyn lain lisäksi myös *vakiintuneeseen* oikeuskäytäntöön. Jos näyttökynnykselle asetettu korkeusvaatimus luetaan osaksi todistustaakkaa, voidaanko sanoa, että oikeuskäytäntö saa myös määritellä vaadittavan näytön vahvuuden ja jos saa, missä puitteissa tämä voi tapahtua? Sallitun joustavuuden alaa voidaan kuvata jatkumolla, jonka toisessa päässä on täydellinen kiinteys, toisessa täydellinen joustaminen ad hoc eli juttukohtaisesti, ja keskivaiheilla tyyppikohtainen joustaminen.

”Vakiintunut oikeuskäytäntö” on jostakin saanut alkunsa. On vaikea ajatella, että tutkija, joka katsoisi näyttökynnyksen kuuluvan todistustaakan asettamiseen, hyväksyisi sen asettamisen lähtökohtaisesti yksinomaan lainsäätäjän toimivaltaan kuuluvaksi. Tilanne voi olla päinvastainen: vaikka kannatetaan sitä

”nykyistä” näkemystä, että näyttökynnyksen vaadittu korkeus on todistustaakakakysymys, saatetaan hyväksyä kynnyksen joustavuus eli tuomarin määräysvalta. Jonkinlainen ristiriita voi piillä tässä, sillä tuomarin aktiviteettia hänen kynnystä näin säätaessään on vaikea lukea muuksi kuin todistusharkinnaksi. Jos tuomarilla olisi todella vapaa valta määrätä (jopa ad hoc) seikan tai jutun näyttökynnys, olisi vaikea nähdä, miksi tämäkin toimi ei kuuluisi vapaan todistusharkinnan piiriin.

Kynnyksen mahdollista joustamista voidaan tarkastella kolmeltakin näkökannalta: mikä on lain kanta, mikä on oikeuskäytännön kanta ja miten asian tulisi olla, tulisiko sen joustaa vai ei.⁴²³

Nykymuotoinen OK 17:2.4 näyttäisi ensi katsannolta säännelleen tämän debatin Suomen osalta. Mutta onko asia näin? On luonnollista, että siinä viitataan ”toisin sääntelyyn”, siis lainsäätäjän ratkaisuun. Kuitenkin ovi jätetään auki myös jutun *laadulle*.

Esitöissä⁴²⁴ 2 §:n perustelujen aluksi todetaan, että tarkoituksena on nykytilan säilyttäminen (joskin 3 momentissa olisi osittain uutta sääntelyä). Mitä erityisesti näyttökynnyksen määräytymiseen jutun laadun mukaan tulee, esitöissä viitataan ensinnäkin todistustaakan jakoperusteisiin: tällöin harkinnassa kiinnitetään ”ennen muuta huomiota kokemuseräiseen todennäköisyyteen ja asianosaisten näyttömahdollisuuksiin. Merkitystä voi olla myös asianomaisen lainsäädännön toimivuudella.” Samoilla perusteilla ”voisi olla merkitystä myös harkittaessa näyttökynnyksen korkea-utta.” Lisäksi viitataan oikeuskäytäntöön, jossa on ”esimerkiksi näyttömahdollisuudet ja asian laatu huomioon ottaen rokotteen ja siitä aiheutuneen sairauden välisen syy-yhteyden osalta tyydytty vahvuudeltaan tavanomaista heikompaan näyttöön (KKO: 1995:53; ks. myös KKO 2001:26 ja KKO 2011:44)”.

Näiden lähtökohtien tulkitsen tarkoittavan sitä, että säännös ei tarkoita, että näyttökynnyksen joustamisen mahdollisuus tai mahdottomuus olisi nyt legaalisesti ratkaistu. Pidän lähtökohtana, että jousto on mahdollinen, mutta minäkäläinen ja miten?

Kysymys ei ole mitenkään kansallinen. Norjassa Eckhoff pohti sitä esimerkiksi vuonna 1949.⁴²⁵ Ruotsissa Diesen pohtii asiaa 20 sivun verran.⁴²⁶

Toimivaltakysymystä voidaan tarkastella myös laajemman kompleksin osana eli valtiosääntöoikeudellista väritystä omaavana kysymyksenä siitä, missä määrin

423 Tämä kolmijako on Dahlmanilta 2017, s. 164 peräisin.

424 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 71 – 72.

425 Eckhoff 1949, s. 10 – 11 ja 16 – 17.

426 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 313 – 333.

tuomioistuimien ylipäätään voi ”valita” esimerkiksi jonkin tietyn todistusteorian. Miten lainsäätäjät tällaiseen suhtautuvat? Kysymys ei ole vailla merkitystä: näyttää siltä, että uusien todistusteorioiden virta ei ole ainakaan ehtymässä, siinä määrin niitä on viime vuosikymmeninä ilmaantunut oikeuskirjallisuuteen.⁴²⁷ Tiettyä teoriaa kannattavat – tai vastustavat – tutkijat ovat saattaneet analysoida tuomioistuinratkaisujen ja jopa lainsäädännön toisinaan sattumanvaraisilta vaikuttavista termeistä etsien oman teorian soveltamista tai kilpailevan teorian jäämistä alakynteen. Vaikuteena on vain ollut, että tuomioistuimet oikeusjärjestelmästä riippumatta eivät ole kovin innokkaita sitoutumaan yksittäiseen teoriaan saati sellaisen soveltamisesta ilmoittamaan. Tässäkin *law in books* ja *law in action* saattavat olla aika kaukana toisistaan. Ehkä tämä on hyvä asia.⁴²⁸

Joustaako näyttökynnys siis juttukohtaisesti näyttötuomarin kynnyskorkeudesta kulloinkin tekemällä päätöksellä, jutun yleisen laadun perusteella tai peräti ad hoc jutun meriittien mukaan – riippuen jutun seikoista: taustoista, vaatimusten määrästä ja laadusta, teon laadusta, seuraamuksen ankaruudesta tai vähäisyydestä – ehkä vielä silmällä pitäen asianosaisten kantokykyä? Saako *jopa esitetyn näytön vahvuus heijastua* kynnysasettamiseen? Vai ”onko laki kaikille sama”? Nämä ovat olleet muotoiluja keskustelukysymyksestä, joka on universaali ja järjestelmästä riippumaton – ja jonka käytännön tuomari kohtaa, kun ovet ovat sulkeutuneet viimeisen asianajajan poistuttua. Merkityksetöntä asiassa ei ole sekään, että kynnyskorkeuksien (ja samalla vyöhykkeiden) sanalliset ilmaukset ovat tulkinnanvaraisia.

Tavaksi on tullut sanoa, että näyttökynnyksen asettaminen on normatiivinen kysymys. Tämä pitää paikkansa, onhan kysymyksessä se, kuinka vahvaa näytön pitää olla, eikä se, miten vahvaa se episteemisesti on. Toisaalta normille on olennaista ainakin jonkinasteinen *yleispätevyys*. Tämä muodostaa ristiriidan, jos kannatetaan ajatusta, että kynnys joustaa ja siis määräytyy jutun mukaan. Määräisikö siis näyttötuomari juttu jutulta normin itselleen?

Todistustaakan jaon kohdalla ei liene havaittavissa tiukkaa näkemysten konfrontaatiota. Pääsääntöisesti on lähdetty siitä, että taakan jako kuuluu lainsäätäjän toimivaltaan; jos tämä ei anna tarkempia määräyksiä, myös oikeuskäytäntö voi kehittää vakiintuvia jakosääntöjä, kuten on tapahtunut jo kauan. Konkreettisen näyttökynnyksen vaihtelu, sikäli kuin sellaista sallitaan, on sidottu

427 Hyvä osoitus kysymyksenasettelun merkityksestä on se huolellinen perustelu, jolla Bolding väitöskirjassaan vuonna 1951 esitti sen tueksi, ettei laki kieltänyt övervikt-periaatteen omaksumista: Bolding 1951, s. 100 – 103 ja 116.

428 Eräänlainen vestigia terrent -vaikutus voi USA:ta laajemminkin olla havaittavissa tunnetusta *People vs. Collins* -jutusta, jossa matemaattiset teoriat saivat niin sanotusti kylmää vettä niskaansa USA:n korkeimmalta oikeudelta syyttäjän virheellisen tulkinnan vuoksi (prosecutor’s fallacy). Siitä huolimatta nuo teoriat elävät ja kehittyvät edelleen hyvin – kirjallisuudessa, erityisesti tähän saakka common law’n piirissä, mutta yhä enenevästi muun muassa Ruotsissa.

tiukemmin käsillä olevassa jutussa olevaan tilanteeseen ja siinä esitettyyn näyttöön kuin todistustaakan asettaminen; jälkimmäinen voi tapahtua ”suuremmin linjoin”, korkeammalla abstraktiotasolla, vaikka esimerkiksi siinä tapahtuvan muutoksen alkuunpanijana olisikin oikeuskäytäntö. Kysymys sivuaa myös oikeuslähdeoppia. Jos lähdetään ad hoc -joustavuudesta – ja siis siitä, että konkreettisen näyttökynnyksen korkeus olisi case-sensitiivinen – joustavuudesta päättäisi lainkäyttäjä eli näyttötuomari. Mutta noudattaako hänen ratkaisuaan kukaan muu kuin hän itse kyseisessä jutussa?

Mitä sitten tarkoitetaan ”juttujen välisellä vaihtelulla” – mikä on variaation kriteeri ja miten ”tiheää kampa” käytetään? Käyn läpi neljä HD:n ratkaisua, joissa tämä suorittaa hyvinkin tarkkaa nyansointia. Lähtökohtaisesti voisi ajatella niin, että jos kysymys on samanlaisista jutuista, esimerkiksi työsopimuksen purkamisesta tai testamentin mahdollisesta hävittämisestä, (ainakaan muu kuin prejudikaatti)tuomioistuimien ei voi lähteä muuttelemaan näyttökynnystä ad hoc jutun mukaan – se vaikuttaisi yhdenvertaisuusperiaatteen ja ennustettavuuden vastaiselta. Erilaatuisten juttujen ja juttujen erilaatuisten tosiseikkojen välillä kynnys voi olla, ehkä lainsäätäjänkin jäljiltä, erilainen – kuten ”todennäköisen” tai ”ilmeisen” luonnehdinnoilla, tai oikeuskäytännössä esimerkiksi rikostunnusmerkistön objektiiviset tekijät (beyond reasonable doubt, jäljempänä brd) ja subjektiiviset tekijät (balance of probabilities, bop, meillä vastaavasti dolus eventualiksen kohdalla).

5.4.2 Näkökohtia joustavuudesta. Mitä normin joustavuudella tarkoitetaan?

5.4.2.1 Tähti ja Wallerman

Aarre Tähti on todennut, että joustavuus on sellainen relatiivinen määre, ettei sen perusteella voida tarkasti rajata omiksi ryhmikseen joustavia ja joustamattomia oikeusnormeja. Hän mainitsee käsitteet yleislauseke, joustava oikeusnormi, oikeudellinen standardi ja lähtee siitä, että näillä ja vastaavilla termeillä ja käsitteillä tarkoitetaan ainakin suurin piirtein samaa.⁴²⁹

Anna Wallerman määrittelee fakultatiivisiksi säännöiksi säännöt, jotka antavat tuomioistuimelle toimintavapauden ja mahdollisuuden suorittaa vapaata harkintaa. Hän käyttää ilmaisua ”harkinnanvaraisten sääntöjen soveltaminen” laajemmassa merkityksessä, eli niin, että se sisältää myös lainkäyttäjän harkinnan sen selville saamiseksi, onko sääntöä sovellettava, eikä rajoitu käsittämään vain tämän toimintaa sen jälkeen kun näin oli asian havaittu olevan.⁴³⁰

429 Tähti 1990, s. 97 – 98. Hän viittaa Apala-Arlanderin, Merikosken ja Aarnion teksteihin.

430 Wallerman 2015, s. 22 – 23.

Wallerman jakaa fakultatiiviset säännöt kolmeen ryhmään: aidosti, tulkinnanvaraisesti ja virheellisesti fakultatiivisiin. Viimeksi mainittuja ovat säännöt, joiden kielellinen asu sisältää valinnaisuuden, mutta jotka eivät todellisuudessa täytä valinnaisuuden edellytyksiä. Niitä on pidettävä Wallermanin mukaan pakottavina.⁴³¹

Wallermanin mukaan yleisesti lähdetään siitä, että erottelussa pakottavien ja fakultatiivisten sääntöjen välillä on kysymys ennemmin asteesta kuin lajista. Obligatorinen ja fakultatiivinen on ymmärrettävä ääriarvoina asteikolla, joka kuvaa oikeuden toimintavapauden alaa, ei tarkoin rajattuina kategorioina. Hän toteaa, että asteikko- tai jatkumo-vertaus kuvaa myös sitä, että kysymys ei ole vain siitä, mihin kohtaan jokin sääntö sijoitetaan, vaan myös siitä, missä kohdassa fakultatiivisuuden on katsottava muuttuvan pakottavuudeksi.⁴³²

5.4.2.2 Tuomarin harkinnan vapaudesta yleisesti

Wallerman on todennut, että jos harkinnan suorittamista tarkastellaan käytännöllisenä ajatuksenkulkuna, harkinnanvarainen lainkäyttö tarkoittaa sitä, että tuomari arvioi esilläolevan tilanteen ja tekee päätöksen, jota motivoivat normatiiviset, arvoarviointiin perustuvat näkökulmat tai jota voidaan puolustaa niistä käsin. Harkinta sisältää tällöin kolme keskenään yhteis- ja vuorovaikuttavaa osaa: ymmärtämisen, arvoarviointin ja päätöksenteon. Harkinta on samalla sekä vapaata että sidottua. Wallerman toteaa, että Ruotsissa sekä prosessioikeudellisella kirjallisuudella että lainsäätäjällä on ollut pyrkimys käsitellä harkintaa kehittämällä täydentäviä takuita luomalla suosituksia, miten yksittäisiä fakultatiivisia sääntöjä on sovellettava.⁴³³

Harvemmin on Wallermanin mukaan käsitelty sitä, miten tuomioistuinten puhtaasti periaatteessa täytyy suorittaa harkinta. Poikkeuksena on Ekelöf, jonka mukaan hänen oma teleologinen metodinsa on tarkoitettu sekä pakottavien että fakultatiivisten sääntöjen soveltamiseen ja siten myös ohjaa – eli korvaa – harkinnan. Ekelöf ja hänen näkökulmaansa myöhemmin kehittänyt Per Henrik Lindblom käsittävät harkinnan toiminnaksi, jossa oikeuden, kun fakultatiivisessa säännössä määritellyt oikeustositteet ”sekä eräät muut laissa määrittelemättömät olosuhteet ovat käsillä, tulee suorittaa prosessitoimi ja jossa se muussa tapauksessa ei saa tehdä sitä.” Noita sääntöjä pidetään pakottavien sääntöjen epätäydellisinä tai määrittelemättöminä kokonaisuuksina, joissa tuomarin ”täytyy niin sanotusti lakitekstin takaa etsiä”

431 Wallerman 2015, s. 48 – 50 (”äktat fakultativa, tolkningsfakultativa, falskt fakultativa regler”).

432 Wallerman 2015, s. 44. Jos ymmärrään oikein, tämä on myös Wallermanin kanta. – Juuri tämä ominaisuus aiheuttaa mielestäni sen, ettei fakultatiivisuutta pitäisi ”suomentaa” vaihtoehtoisuudeksi – ikään kuin säännön sisältäminä vaihtoehtoina olisi tiettyjä määrättyjä ja sellaisenaan kiinteitä mahdollisuuksia. Paras vastine olisi joustava sääntö. Se häivyttää myös väärän tulkinnan, että *säännöt sellaisinaan* olisivat keskenään toistensa vaihtoehtoja.

433 Wallerman 2015, s. 194.

relevantti tunnusmerkistö. Tuomarin tehtävä ei ole ensi sijassa tehdä ratkaisu yksittäisen tapauksen käsittelystä, vaan tunnistaa ne kirjoittamattomat oikeustositteikat, jotka fakultatiivisen säännön mukaan johtavat varsinaiseen oikeusseuraamukseen. Ekelöfin mukaan harkinta tarkoittaa samaa kuin teleologisen metodin mukainen lainkäyttö, kuitenkin sillä erolla, että harkinta suoritetaan in abstracto eli tyyppitapauksissa ja se ilmenee *abstraktisten oikeustositteikkojen kehittelynä*. Tämän jälkeen on vain yksinkertainen subsumtiotoimi.⁴³⁴ Käytännössä metodi Wallermanin mukaan merkitsee, että fakultatiivinen sääntö murennetaan yhdeksi tai useammaksi pakottavaksi säännöksi. Tuomari ei yksittäisessä tapauksessa suorita harkintaa vaan subsumoi.⁴³⁵

Wallerman huomauttaa, että metodiin sisältyy ”epätietoisuusaversio”: harkinta nähdään ongelmana, eikä metodin tarkoitus ole mahdollistaa hyviä päätöksiä, vaan välttää huonoja. Siirtämällä harkinnan abstraktiselle oikeustositteikkojen tasolle metodi välttää harkintaan liittyvät perustelemattomasti erilaisen kohtelun ja mielivallan riskit. Wallerman huomauttaa kuitenkin, että tästä suojasta maksetaan hintana se, että perusteltu erilainen kohtelu tehdään mahdolliseksi; pidetään tärkeämpänä tuoda esiin yleisiä suuntaviivoja tulevaisuutta varten kuin käsitellä esillä olevaa tilannetta parhaimmalla tavalla. Tyyppitapauksiin orientoitunut teleologinen metodi ei salli mitään yksittäisen jutun ominaisuuksiin perustuvaa eriytymistä.⁴³⁶

Wallerman varoittaa, että HD:n taholta tulevat auktoritatiiviset kannanotot tekevät jossain määrin väkivaltaa sääntöjen fakultatiiviselle luonteelle ja johtavat aikaa myöten siihen, että säännöt muuttuvat pakottaviksi.⁴³⁷

Juhana Riekkinen on sivunnut prejudikatiivisten todistusharkintaohjeiden antamista käsitellessään todisteiden hyödyntämiskiellon ja todistusharkinnan suhdetta. Hän on katsonut, että yhtenä suomalaiselle keskustelulle tyyppillisenä piirteenä, joskaan ei enää kaikissa tapauksissa, on hyödyntämiskäytännön ja todistusharkinnan tasojen sekoittuminen. Silloinkin, kun perus- ja ihmisoikeudet eivät vaadi hyödyntämiskielloa, niiden Riekkisen mukaan ajatellaan vaikuttavan näyttöarvon määrittämiseen. Hän kirjoittaa:

”Niin kauan kuin tapahtuu vapaan todistusteorian mukaisesti yksittäistapauksittain, pidän tätä hyväksyttävissä olevana ajattelutapana. Kun tältä pohjalta kuitenkin muodostetaan kategorisia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä käytännössä hyödyntämiskiellon tavoin, on mielestäni kysymys vaarallisesta käsitteellisestä

434 Wallerman 2015, s. 194 – 197.

435 Wallerman 2015, s. 197.

436 Wallerman 2015, s. 198 – 200.

437 Wallerman 2015, s. 245.

sekaantumisesta, joka vaikeuttaa ongelmien hahmottamista ja tekee oikeustilasta entistä epäselvemmän.”⁴³⁸

5.4.2.3 Omaa arviointia

Nimitin todistusharkinnan vapautta koskevaa sääntöä johdannossa metanormiksi, joka saa sisältönsä sitä sääntelevien lain yleisten näyttökynnysnormien ja prejudikaattien asettamista puitteista ja rajoituksista. Tuo metanormi vaikuttaa hyvinkin joustavalta, mutta mainitut puitteet ja rajoitukset kaventavat joustavuuden alaa. Toisaalta myös jälkimmäiset voivat olla joustavia: voi esimerkiksi kysyä, mitä muuta kuin joustavuutta voi tarkoittaa meillä alemman tason normissa oleva vaatimus, että näytön on oltava *uskottavaa* – tai että *varteenotettavaa epäilyä* ei saa jäädä? Edes matemaatikko ei pääse palkähästä määrittelemällä lukuarvoja, koska jo tämä määrittely on (subjektiivista) arviontia tiettyjen puitteiden sisällä.

Todistusharkinnan *vapaus* on selvästikin joustava ilmaisu, mutta vapauden alalla on rajoituksensa – ensimmäisenä mielivallan kieltö. Mielivallan kiellon piiriin taas voi, itsestäänsevyytenäkin, lukea harkinnan episteemisen puolen: todisteiden arvioinnissa on noudatettava rationaalisuutta ja menetelmien on täytettävä yleisesti hyväksytyt kriteerit.⁴³⁹ Silminnäkijätodistajan kertomusta ei voida sivuuttaa, ellei siihen ole järkeviä, lausuttavia perusteita, mutta toisaalta ei määrätä ennalta sitä, mikä näyttöarvo minkinlaiselle todisteelle annetaan. Todistusharkinnan vapaus antaa näyttötuomarille mahdollisuuden muodostaa käsityksensä siitä, millä todennäköisyydellä faktat pitävät paikkansa, ”vapaasti” eli ilman sääntöjä esimerkiksi todisteiden painoarvosta tai laadusta. Jos säännönmukaisuutta halutaan korostaa, voidaan sanoa, että näyttötuomari pyrkii toimimaan rationaalisesti eli noudattaa lähinnä yleisen elämäkokemuksen antamia päättely- ja muita sääntöjä. Näyttökynnyksen asettaminen on normatiivinen tehtävä, mutta teemaa koskevan näyttötuloksen vertaaminen siihen ei (ellei hän samalla ryhdy tästä syystä muuttamaan kynnystä).

438 Riekkinen 2014, s. 170. Hän nimittää ilmiötä ”liukuvaksi hyödynnettävyydeksi” ja mainitsee ”huonoina esimerkkeinä” ennakkopäätökset KKO 2008:68 ja KKO 2013:25.

439 Ks. Geipel 2008, s. 120. Hän siteeraa Walter H. Rechbergeriä, *Der Anscheinsbeweis in der österreichischen Judikatur*, Österreichische Juristenzeitung 1972, s. 425, 426 ja 425, 432: ”Ein[e] schlichtes Zurückziehen auf die Überzeugung des Tatrichters, der, von der übergeordneten Instanz unbehelligt, verurteilen darf, auch wenn andere Tatrichter gezweifelt und freigesprochen hätten, ist für den tatsächlich Verurteilten blanker Hohn und in einem Rechtsstaat inakzeptabel. Daher darf der Tatrichter nur nach objektiven Kriterien, die intersubjektiv vermittelbar und einsichtig sind, verurteilen. Das einzige hierfür zur Verfügung stehende Kriterium ist die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Übereinstimmens des im Urteil zugrundegelegten Sachverhalts mit der Wirklichkeit. Dies auch deshalb, da die Wahrscheinlichkeit das einzige feststellbare ist, auch wenn diese meist nur grob geschätzt werden kann. ”Letzlich hat es der Richter bei jedem Beweis bloß mit Wahrscheinlichkeiten zu tun.” ”Die subjektive Überzeugung des Richters kann objektiv immer nur Wahrscheinlichkeit bedeuten.”

Asia ei kuitenkaan ole yksinkertainen. Tämä johtuu ainakin kahdesta seikasta. Ensinnäkin ne tosiseikat, joiden paikkansapitävyyttä tutkitaan, eivät läheskään aina ole ”kovia” faktoja, vaan suurelta osalta adjektiivisia – joustavia käsitteitä tai käsitteitä, joiden arvioitsija joutuu arvoarvostelmien tekijäksi. Nämä arvostelmat voivat sisältää juridisen elementin, mutta yhtä hyvin ne voivat sisältää muutoinkin kaikkea adjektiivista, kuten kvalitatiivista tai kvantitatiivista (suuri, vähän) arviointia edellyttävää ainesta – kaikkea sitä, mikä on nostettu esille (hyvä tapa, hyvä liike- tai pankkitapa, kunnianvastaisuus ja arvottomuus, huolellinen menettely, vakaa). Näitä on tarpeetonta yrittää sellittää itseisarvoltaan ”oikeudellisiksi”, vaan ne ovat reaali maailman ilmiöitä. Oikeudellisen värityksen ne saavat vasta asiayhteydestä. ’Suuri määrä’ on suuri määrä niiden mittapuiden mukaan, joita arvioitsija soveltaa kokemuksensa perusteella. Kun hän kysyy tätä oikeudellisen kontekstin, esimerkiksi rikoksen tunnusmerkin kannalta, hänen on otettava huomioon kokemuksensa ja tietonsa esimerkiksi oikeuslähteistä.

Itse katsoisin, että Wallermanin kolmijaossa suomalaisen sääntelyn uskottavuus-normi sijoittuisi aidosti fakultatiivisiin. Normi näyttää pakottavalta, mutta sen soveltaminen perustuu harkinnalle, joka on lähtökohtaisesti jokseenkin kokonaan oikeudellisesti vapaata. On tavallaan harmillista, että Ruotsissa ei ole varsinaista legaalista alemman tason todistustaakkasääntöä. Wallerman on käynyt läpi RB:n fakultatiiviset säännöt, mutta todistelua koskevasta luvusta mukaan on tullut vain joitakin, nyt vähämerkityksisiä kohtia.⁴⁴⁰ Kun ei ole näyttökynnysnormia, ei ole lausumaa sen fakultatiivisuudestaan.

5.4.3 Episteemisyys erityispiirteenä näyttökynnyksen normatiivisuudessa

Mitä näytön riittävyyden arvioiminen, esitetyn näytön vertaaminen näyttökynnykseen ruohonjuuritasolla tarkoittaa? *Mihin* tuomari vertaa esitetyn todisteen näyttöarvoa? Mitä hänelle tarkoittaa, että näyttökynnys on todennäköinen, ilmeinen tai oletettava, tai 0.5, 0.7 tai 0.3? Ilmaisevatko nämä kynnykset todella normatiivisia asteita vai onko kysymys episteemisestä, *tiedon varmuusasteen luokittelusta*?

Määrää näyttökynnyksen sitten lainsäätäjä tai -käyttäjä, lähtökohta on, että viime kädessä lainkäyttäjä joutuu harkintaprosessissaan *antamaan sisällön* sille näyttökynnykselle eli vaadittavan näytön sanalliselle (adjektiiviselle) ilmaukselle, jota hän joko omasta valinnastaan tai lainsäätäjän käskemänä tilanteessa

440 Wallerman 2015, s. 186 – 187. Hän on poiminut esiin RB 35 luvusta 5, 7 ja 14.2 §:n sekä 36 luvusta 4 ja 6.3 §: eräin rajoituksin todistajanaolovelvollisuuden kannalta (sekä vastaavat 39 luvun 1.2 ja 40 luvun 2 §:n) sekä 39:1.1:n katselmusta koskien.

soveltaa. Samoin hän on jo joutunut tai joutuu antamaan ”arvosanan” esitetylle näytölle eli luokittelemaan sen.

Mitä puhe normatiivisuudesta näyttökynnyksen asettamisessa tarkemmin ottaen tarkoittaa? Lainsäätäjä on ehkä asettanut normin, että näytön tulee tiettyssä tilanteessa täyttää kynnys ”ilmeinen”. Lainsoveltaja vertaa esitettyä näyttöä tähän eli mielikuvaansa siitä, mikä kyseisessä tilanteessa olisi ”ilmeistä”. Voidaan kai sanoa, että hän ”soveltaa normia” eli vertaaminen näyttäisi normatiiviselta. Mutta väitän, että se, mitä hän oikeasti tekee, on *episteemistä tosiseikastojen paikkansapitävyyden eli varmuuden asteiden vertailua*: hän vertaa esitetyn tosiseikaston todennäköisyyden astetta siihen todennäköisyyden asteeseen, joka hänen mielikuvansa mukaan kyseisessä tilanteessa olisi lain ilmaisun täyttävä todennäköisyyden aste. Tämä ei ole samanlaista vertailua kuin esimerkiksi tavanomaisessa syllogismissa, sillä näyttökynnyksen paikan ilmaisee adjektiivi, samoin kuin esitetyn näytön todennäköisyydenkin asteen. Hän vertaa kahta episteemistä todennäköisyyttä, kahta adjektiivia.

Edellä sanottu erottaa näyttökysymyksen harkinnan oikeudellisen kysymyksen harkinnasta (ellei sitten tosiseikkoihin jo sisälly oikeudellista ainesta). Edellisen kohdalla harkittava materiaali tulee ulkoa, oikeuskysymys kohdistuu pääosin prosessin sisällä harkittuun aineistoon. Tämä myös rajoittaa melkoisesti esimerkiksi Tähden ja Wallermanin esille tuomien fakultatiivisuuden ja yleislausekkeiden näkökohtien merkitystä. Niiden yleensä tarkoittamissa tilanteissa ratkaisuperusteina voivat monesti olla myös tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat.

Tiedon varmuuden tai todennäköisyyden asteilla ei sellaisinaan ole tekemistä juridiikan kanssa. Näyttötuomarilla on oman kokemusvarastonsa perusteella yleiskuva siitä, minkä kaltaista on esimerkiksi todennäköinen ja minkä kaltaista varma tieto. Ne ovat tavallaan jo hänen odotushorisontissaan, kun hän tietää, mitä tullaan todistelemaan. Tähän perustuu matemaattisissa todistusteorioissa käytetty lukuarvoistaminen: arviot eivät seikan näyttöarvon määrittämisessä tule tyhjistä, vaan perustuvat kokemukseen empiirisistä todennäköisyyksistä.⁴⁴¹

Kun tuomioistuin käsillä olevassa jutussa ovien sulkeuduttua arvioi kustakin seikasta esitettyä todistelua, vertailu on siis episteemistä. Vaikka käytettäisiin uskomisen tai vakuuttumisen terminologiaa, pohjalla on kysymys: miten todennäköistä on, että väite seikan olemassaolosta on tosi – miten todennäköistä on, että väitetyt seikan sisältö pitää paikkansa. Todennäköisyys viittaa frekvenssiin, mutta tätä ei tule sekoittaa kokeellisen tieteen frekvenssitutkimuksiin. Kysymys on vain siitä, miten todennäköisenä arvioiva tuomari oman kokemus- ja kokemussääntövarastonsa ja ammattitaitonsa perusteella pitää väitteen paikkansapitävyyttä. Tällöin hänen voi kuvaannollisesti sanoa harkinnassaan asettavan

441 Matemaattisissa todistusteorioissa taustalla on useimmiten frekvenssijattelu. Oikeudenkäynnissä ei todennäköisyyttä testata tai määritetä tilastollisesti (eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta), mutta yhtä kaikki todennäköisyyssajattelu perustuu arkielämässä ja ammatissa saavutettuun tietoon.

todistusarvopisteen tietylle vyöhykkeelle. Oikeastaan ratkaisevaa ei ole se, minkä nimisen portaan kohdalle tai vyöhykkeelle hän sen asettaa – ratkaisevaa on arvon *suhde* kulloinkin esillä olevaan näyttövaatimukseen.⁴⁴²

Toinen asia on, että jos ratkaisijalla on mahdollisuus vaikuttaa näyttökynnyksen korkeuteen, hän saattaa todistusratkaisussaan ottaa huomioon muitakin seikkoja kuin puhtaasti episteemisen näkökohdan. Mukaan saattaisi tällöin tulla esimerkiksi eettinen tai moraalinen argumentaatio, kuten ratkaisulla saavutettava yhteiskunnallinen hyöty, utiliteetti. Se ei laadultaan eroa siitä argumentaatiosta, jota lainsäätäjät käyttävät eräänä perusteenaan normeja, kuten todistustaakan jakoa tai näyttökynnyksen korkeutta säätäessään.⁴⁴³ Tämä antaa joustavuutta koskevalle kysymyksenasettelulle ainakin syvyyttä.

5.4.4 Bater v. Bater ja lordi Denning

Bater v. Bater -jutussa⁴⁴⁴ käsiteltiin aviomiehen väitettyyn julmuuteen perustuvaa vaimon kannetta siviiliprosessuaalisessa järjestyksessä. Alituomari oli kuitenkin edellyttänyt, että vaimon tuli näyttää kanteensa toteen beyond reasonable doubt -standardilla. Kuuluisassa lausumassaan lordi Denning lausui näyttökynnyksestä seuraavaa:

”The difference of opinion which has been evoked about the standard of proof in recent cases may well turn out to be more a matter of words than anything else. It is of course true that by our law a higher standard of proof is required in criminal cases than in civil cases. But this is subject to the qualification that there is no absolute standard in either case. In criminal cases the charge must be proved beyond reasonable doubt, but there may be degrees of proof within that standard.

As Best CJ and many other great judges have said, ‘in proportion as the crime is enormous, so ought the proof to be clear’. So also in civil cases, the case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject matter. A civil court, when

442 Näyttökynnyksenkin harkintaa koskevassa esityksessä kannattaa joka tapauksessa erottaa deskriptiivinen ja normatiivinen puoli. On toinen asia kuvata kirjallisuudessa teorioita kuin arvioida käytännössä todellisia tilanteita. Yksinäistuomari on näissäkin asioissa sananmukaisesti yksin; kollegiossa on helpompi pohtia argumentteja pro et contra.

443 Klami on, kuten todistusharkintateorioiden yhteydessä jäljempänä tarkemmin käy ilmi, kannattanut eräänä todistustaakan jakoperusteena yhteiskunnallisia ja sosiaalisia näkökohtia, kuten sitä, kumpi asianosainen pystyy paremmin kantamaan mahdollisesti väärän ratkaisun seuraamukset. Mutta missä määrin yleispäteviksi Klami lienee tarkoittanut toteamuksensa (Klami 1990, s. 68): ”Domstolarna säger ju i sina domskäl, att de har *sänkt beviskravet* i vissa fall” ja ”Man kunde ju gott och väl gå över 50 % -gränsen (vilket jag tror domstolar i själva verket gör!) och medge, att bevisbörderegler är ett slags *tumregler*, som kan frångås, om tillräckliga motskäl är för handen” (kursivointi ja huutomerkki Klamin). Ehkä ne oli tarkoitettu enemmänkin provosoimaan keskustelua symposiumissa, jossa ne on esitetty. Ks. myös Zahle 1976, s. 303.

444 *Bater v. Bater* CA 1950, [1950] 2 All ER 458; [1951] P 36 (CA). Tästä esim. Emson 2006, s. 506 – 507.

considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion. Likewise, a divorce court should require a degree of probability which is proportionate to the subject-matter. “

5.4.5 Käsityksiä vapaan todistusharkinnan aamunkoitossa pohjoismaissa

Strandberg arvelee, että Sjur Brækhus oli vuonna 1940 pohjoismaissa ensimmäinen, joka osoitti, että näyttövaatimusta ohjaavat oikeussäännöt ja että se ei sisälly vapaan todistusharkinnan periaatteeseen.⁴⁴⁵ Useimmat myöhemmät pohjoismaiset todistusteoreetikot ovat lähteneet siitä, että näyttövaatimus on oikeudellinen, kun taas todistusharkinta on vapaata. Strandberg jatkaa:

“Begrunnelsen for dette er bl.a. at bevisbyrden og beviskravet må samrubrises fordi spørsmål om *hvem* som må vise at noe er mer sansynlig enn noe annet, ikke kan løsrives fra spørsmålet om *hvor mye* mer sansynlig det må være. Dermed blev beviskravet ansett som en rettslig størrelse som dommeren var bundet av. Beviskravet fikk da en omdefinert status, noe som er en betingelse for den moderne norske beviskravslærens dikotomi mellom et juridisk beviskrav og en fri bevisvurdering, men som også gir potensial for å rive dikotomin ned fordi beviskravets juridiske karakter kan sette betingelser som begrenser bevisvurderingsfriheten”.⁴⁴⁶

Ekelöf pohti todistusharkinnan vapauden sekä näyttökynnyksen ja todistustustaan ongelmien suhdetta vuonna 1947 eli uuden RB:n voimaantulon aattona⁴⁴⁷ ja peilasi kysymystä Norjan oikeustieteeseen.⁴⁴⁸ Ekelöf toteaa, että todistustustaan jaon osalta uuden RB 35:1:n esitöistä ilmenee lähdetyn siitä, että tällä säännöksellä ei ole mitään yhteyttä todistustustaaongelmaan. ”Detta får ju också aktualitet endast då rättsfaktum ej blivit bevisat.”⁴⁴⁹ Näyttökynnystä koskevan

445 Strandberg 2012, s. 79, viittaa tällä kohden Brækhusin sivua mainitsematta vain (alaviite 239 s. 79) Zahleen: ”jfr. Zahle 1976 s. 133”. Artikkelin lienee sama, josta Zahle 1976, s. 134 esittää katkelman ja joka hänellä on lähteenä ”Et par bemærkninger til bevislæren. Stud.jur., 1940, nr. 3 s. 5 f. [– 11.] (Oslo).”

446 Strandberg 2012, s. 79 – 80. Kursivoinnit Strandbergin.

447 RB hyväksyttiin valtiopäivillä vuonna 1942 ja julkaistiin 18.7.1942 numerolla 740. Se tuli voimaan 1.1.1948. Ks. lag om införande av nya rättegångsbalken 20.12.1946, esim. Gärde ym. 1949, s. 871 – 876.

448 Ekelöf 1947, s. 9 – 10.

449 Tämä toteamus kuvaa nähdäkseni sitä perinteisen ajattelun piirrettä, että todistustustalla ei olisi merkitystä ennen kuin näyttö on vastaanotettu ja arvioitu. Todellisuudessa tieto siitä, kenen on näytettävä seikka toteen, vaikuttaa kauan aikaisemmin – oikeastaan se vaikuttaa ennen kuin potentiaalisen prosessin uhkaakaan on tiedossa. Sen pitäisi saada näyttövelvollisen hankkimaan todiste, vaikka kuitti maksustaan – käyttäytymistä,

kysymyksen osalta voisi säännöksen muotoilusta saada vaikutelman, että sama koskee myös sitä. Ekelöf arvelee, että tämä ei varmaankaan ole ollut tarkoitus, sillä kysymystä ei ylipäätään kosketella esitöissä; siihen ei näyttänyt kiinnitetyn huomiota ruotsalaisessa tieteisopissakaan, toisin kuin Norjan oikeustieteessä.⁴⁵⁰

Ekelöf toteaa kuitenkin painokkaasti,⁴⁵¹ että tuomarin vapaalla harkinnalla on aivan erilainen sisältö silloin, kun kysymys on sen ratkaisemisesta, miten vahvaa näyttöä vaaditaan, kuin silloin, kun kysymys on todisteiden näyttöarvosta. Jälkimmäisessä tilanteessa harkinnan vapaus tarkoittaa sitä, että tuomarin on perustauduttava kokemukseen, kun taas tällä ei ole mitään merkitystä näyttökynnyksen asettamisen kanssa. Ekelöf kysyy, minkä näkökohtien mukaan tuomioistuimen sitten on tämä kysymys ratkaistava: onko heikko näyttö hyväksyttävä riittäväksi esimerkiksi silloin, kun asianosainen on anteeksiannettavasta unohtuksesta laiminlyönyt varmistaa todisteensa, kun tämä ei taloudellisen ahdingon vuoksi voi hankkia asian selvittäviä todisteita, tai ylipäätään silloin kun jutun näyttö ei anna mahdollisuutta sitovien johtopäätösten tekemiseen? Ekelöfin mielestä tämä olisi yhtä sopimatonta kuin tuomita kohtuuden mukaan syrjäyttäen lain säännökset. ”Om icke domarens fria bedömande av vad som är tillräckligt bevis skall inverka upplösande på rättsordningen”, tuomarin on tässä tapauksessa otettava huomioon samat lainsäädännölliset perusteet, jotka ovat riitaista oikeussuhdetta koskevien aineellisen oikeuden sääntöjen ja todistustaakkasääntöjen pohjana.⁴⁵² Tämä ei tarkoita kuitenkaan mitään muuta kuin sitä, että kysymys on ratkaistava samalla tavalla kuin menetellään oikeuden soveltamisessa muutoinkin silloin, kun ei ole suoraa tukea lainsäädännössä.

jota muun muassa Ekelöf on opettanut; näin Ekelöf 1952, s. 225: ”Det icke blott är domstolarna som har att bedöma kravet på bevisningens styrka utan även parterna, då dessa fatta ståndpunkt till frågan om det lönar sig att gå till process.” – Tämä menee siis vielä pidemmälle eli ”kynnyskysymykseen”. – Ks. myös Lappalainen 2001, s. 297: todistustaakka ja näyttökynnys otetaan huomioon jo ennen prosessia, kun pohditaan, kannattaako siihen ryhtyäkään.

450 Ekelöf 1947, s. 10. Hän siteeraa Kristian Andersenin (Norsk kjøpsrett i hovedtrekk, s. 26, Oslo 1945, tässä sitaatti Ekelöfin 1947, s. 10 kautta.), joka katsoo vapaan todistusharkinnan periaatteeseen kuuluvan, ”at dommeren har adgang til sjelvteng å avgjøre hvor stor sannsynlighet det i enkelte tilfelle sjal kreves for at et bestemt forhold kan anses bevist.” Ekelöf toteaa, että mainittu käsitys tarkoittaa joka tilanteessa sitä, että tuomari ratkaisee vapaasti näyttökynnyksen korkeuden kaikissa niissä tapauksissa, joissa sääntöjä näytön vaaditusta riittävydestä ei ole.

451 Ekelöf 1947, s. 10 – 11. Hän on harventanut näkemyksen harkinnan erilaisesta sisällöstä.

452 Vrt. Zahle 1976, s. 303, jonka mukaan on vaikea välttyä johtopäätökseltä, että asianosaisen mahdollisuus varmistaa ja esittää todisteita (eräs todistustaakan jaon peruste) tulisi esiintymään kahdessa yhteydessä, nimittäin osaksi todistusharkinnan yleisenä osatekijänä ja osaksi erityisenä seurauksena siitä, että näyttökynnystä on korotettu (tietyn käyttäytymisen edistämiseksi). Todennäköisyyskynnyksenä pidetyn yleisen näyttökynnyksen sääntelyä käytetään edistämään tietynlaatuista näytön varmistamista. ”Dette har intet med empiri at gøre, mene er en normativ adfærdspåvirkning.” Zahlen kannanotto liittyy hänen kritiikkiinsä Ekelöfiä ja Boldingia kohtaan näiden todennäköisyyteen perustuvien teorioiden osalta, s. 298 alkaen; erityisesti s. 302, jossa hän toteaa Eckhoffin siirtyvän (passiivisista) kansan todistelutavoista asianosaisten (strategisiin) todistuskaskeihin ja pitää tämän yhteyden ilmaisutapaa oikeana, mutta katsoo, että se ”river en central forudsætning for hele sandsynlighetsteorien bort”.

Ruotsin osalta Ekelöf viittasi käsitykseensä, että ellei laki määrää näyttökynnystä, yleensä vaadittaneen ”fullt bevis”.⁴⁵³ Hän huomauttaa, että sillä, että esitetty todistelu muodostaa täyden näytön, ei tarkoiteta enää sitä, että todistelun todistusarvo perustuu legaalisiin sääntöihin, vaan ainoastaan sitä, että todistelu on saanut aikaan korkeamman asteen todennäköisyyden oikeustositseikan olemassaolosta. ”Fullt bevis” är mer än ”sannolika skäl” men mindre än ”uppenbart”. Närmare kan åtminstone icke jag ange vilken bevisstyrka som avses.⁴⁵⁴ Ekelöf myöntää tämän kyllä merkitsevän sitä, että tuomari saa luottaa intuitioonsa, kun on ratkaistava, onko jutussa esitetty todistelu merkinnyt täyttä näyttöä. Pidempiaikainen tuomitsemistoiminta tehnee kuitenkin tuomarille mahdolliseksi pitää yllä ainakin osapuilleen samoja vaatimuksia todistelun vahvuudelle erilaisissa jutuissa. Legaalisen todistusteorian vaikutuksesta näyttää Ekelöfin mukaan siltä, että – senkin jälkeen kun vapaa todistusharkinta oli alkanut saada jalansijaa oikeuskäytännössä – on lähdetty siitä, että tuomioistuimen vakuuttuneisuuden täyden näytön kohdalla tulee vähintäänkin lähestyä täydellistä varmuutta. Sen, että tässä on viime aikoina tapahtunut muutos, ei kuitenkaan tarvitse merkitä sitä, että näytön vahvuuden vaatimusta muutellaan jutusta toiseen.⁴⁵⁵

Bolding katsoi vuonna 1951 väitöskirjassaan, että oikeusjärjestyksessä, jossa vallitsee vapaa todistusharkinta, on mahdollista tehdä ‘kompromissi’: toisin sanoen övervikt-periaatteen soveltaminen ei ole a priori poissuljettua.⁴⁵⁶ Bolding siis katsoi, että tietyn todistusteorian omaksuminen sisältyi todistusharkinnan vapauteen. Ekelöf oli pohtinut jo vuonna 1947, voiko lainkäyttäjät noin vain ottaa itselleen vallan määrittellä näyttökynnys ja millä perusteilla hän sen määritteli.⁴⁵⁷

Ekelöfin kantaan voisi käsittääkseni huomauttaa, että jos tuomarilla todella on oikeus säätää näyttökynnystä, mihin muuhun hän toimensa voisi perustaa kuin kokemukseensa – esimerkiksi arvioidessaan klamilaisittain asianosaisten oloja näiden kantokyvyn kannalta?

453 Ekelöf 1947, s. 10 – 11. Lassen 1949, s. 200 epäilee kuitenkin, pitääkö Ekelöfin esitys käytännöstä paikkaansa. Tähän Bolding 1951, s. 99 – 100 tarttuu.

454 Tässä Ekelöf käyttää ’fullt bevis’ -termiä selvästikin synonyyminä kulloinkin riittävälle näytön vahvuudelle eikä todennäköisyysasteikon erään portaan nimenä. Jälkimmäiseksi muotoutui ’styrkt’. – Ekelöfin määritelmä näyttää olevan koko lailla lähellä esimerkiksi Tirkkosen määritelmää täydestä näytöstä ”eräänlaisena korkeamman asteen todennäköisyytenä” (esimerkiksi Tirkkonen 1977, s. 100). Määritelmällä on pitkät juuret. Se, että Ekelöf sijoittaa näyttökynnyksen todennäköisten syiden ja ilmeisyyden väliin, osoittaa myös, että hänen tapansa määrittellä täysi näyttö on mainettaan monipuolisempi.

455 ”Att det härvidlag på sistone inträtt en förändring behöves emellertid ej innebära att man varierar kravet på bevisningens styrka från mål till mål”, Ekelöf 1947 s. 11 toteaa.

456 Bolding 1951, s. 92 – 93. Kompromissilla hän tarkoitti sitä, molempia voidaan käyttää, todistustaakkasääntelyä ja övervikt-periaatetta..

457 Ekelöf 1947, s. 8 -10.

5.4.6 Myöhemmän oikeuskirjallisuuden näkemyksiä todistustaakan ja näyttökynnyksen määrääjästä ja konkreettisen kynnyksen joustavuudesta

Toiset tutkijat lukevat siis näyttökynnyksen sijoittamisen todistustaakan, toiset todistusharkinnan piiriin kuuluvaksi. Edellisiä edustaa Ekelöf,⁴⁵⁸ jälkimmäisiä Jouko Halila⁴⁵⁹.

Halila vuonna 1955 katsoi vuoden 1948 OK 17:1:n osoittavan, ettei todistustaakan jakoa ollut tarkoitettu jätettäväksi tuomioistuinten in casu ratkaistavaksi.⁴⁶⁰ Hän on perustellut näytön määrän ulkopuolelle jättämistä todistustaakkasääntöjen määrittelyllään: hänen perusideansa on ollut todistustaakan jakautuminen asianosaisten kesken ja ne perusteet, jotka vaikuttavat tähän jakoon tai ehkä tarkemminkin taa-kan kohdistamiseen, toisin sanoen hän on tarkoittanut todistustaakkaa juuri siinä merkityksessä, miten se määrää jutun lopputuloksen.⁴⁶¹

Käsitellessään todistustaakka-, näytön riittävyys-, näyttövaatimus- ja todistus-harkintasääntöjä yhteisistä lähtökohdista **Bolding** määrittelee niille yhteiseksi ja olennaiseksi sen, että niistä voi päätellä, mikä todennäköisyyden määrä tarvitaan (riittää), jotta juttua ratkaistaessa voitaisiin toimia lähtien tietyn tosiseikan olemas-saolosta.⁴⁶² Bolding arvioi, että todistustaakka on epämääräisempi, näyttövaatimus taas täsmällisempi käsite.⁴⁶³ Boldingin perusajatuksena on, että todistustaakalla,

458 Ekelöf 1977, s. 81: ”...förefaller emellertid en bevisbörderegeln, som ej ger upplysning om beviskravets styrka, vara ganska meningslös”.

459 Halila, 1955, s. 14 – 15, sanoutuu selkeästi tutkimuksensa puitteissa irti siitä, että todistustaakkasäännöt käsittelevät myös vaadittavan näytön määrää, sen riittävyyttä, ja rajaa siis todistustaakkasäännöt edellä esitetyn määritelmänä tarkoittamiin puitteisiin.

460 Halila 1955, s. 63. Hän viittasi myös säännöksen tuonaikaiseen tuoreuteen. Kun hän esitti huomautuksensa torjuessaan övervikt-periaatetta, jonka keskeinen piirre on suuremman todennäköisyyden omaavan vaihtoehdon ratkaisuus juttukohtaisesti, lausuma tarkoitti käsittäkseni sitä, ettei todistustaakan jako saa vaihdella jutusta toiseen kunkin jutun omien meriittien mukaan.

461 Halila, 1955, s. 14 – 15: ”Ovathan todistustaakkanormit sen mukaan, kuin olemme edellä ne luonnehtineet, vain pelkkiä riskin jakosääntöjä. Ne eivät sääntele, paljonko näyttöä vaaditaan tuon riskin eliminoinemiseksi.” Hän kyllä toteaa näiden välillä olevan ”tiettyä yhteyttä” (s.15: ”vuorovaikutus”) ja riittävyysasteen sääntelyn tarjoavan lainsäätäjälle keinon toteuttaa tiettyjä tarkoituksia. – Kun Halilan tavoin toisaalta suljetaan riittävyyskysymykset todistustaakan piiristä mutta toisaalta myönnetään, että näytön riittävyysasteen sääntely tarjoaa lainsäätäjälle keinon toteuttaa tiettyjä tarkoituksia, päädytään ymmärtääkseni tilanteeseen, jossa on olemassa useammanlaisia näytön harkintaan kohdistuvia sääntöjä: sääntöjä, jotka kohdistuvat siihen, keneltä näyttöä vaaditaan (tai kenelle riski asetetaan), ja sääntöjä, jotka kohdistuvat vaadittavan näytön määrään. On vaikea nähdä perusteluja sille, miksi sellaiset säännöt eivät kuuluisi samaan perheeseen.

462 Bolding, 1951, s. 14. Myös Bolding on tehnyt määrittelynsä luonnollisesti oman tutkimuksensa tarpeisiin.

463 Bolding 1989, s. 97, viitaten alaviitteessä 3 Klamiin ym., SvJT 1988 s. 589 ss, erit. s. 603; Boldingin mukaan Klami väittää ”käsitteiden suhteen olevan aivan erilainen”. – Kehiteltään matemaattisista mallia Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula tosiaan viitatulla sivulla 603 kysyvät, että jos kuitenkin joudutaan turvautumaan todistustaakkasääntöön, eikö tällöin lopulta luovuta näytön käsittelemisestä rationaalisesti – ”varvid man även förkastat de just med stor möda härledda beviskraven”? He viittaavat siihen, että monet todistusteoreetikot pitävät todistustaakkasääntöjä hätäratkaisuina, ja Tybjergin konkurssijulistus-vertaukseen.

näyttövelvollisuudella ja näyttökynnyksellä ei ole käsitteellisesti mitään eroa: ne ovat vain samankaltaisten ilmiöiden eri nimityksiä.⁴⁶⁴ Bolding lausuu kuitenkin tiukasti näyttökynnyksen ”från mål till mål” -tyyppistä joustavuutta ajatellen, että todistustaakkapisteen täytyy kaikenlaatuissa jutuissa olla riippumaton esillä olevassa jutussa esitetyn näytön vahvuudesta; tuo piste on määritettävä etukäteen, eikä sen tulisi sallia muuttuvan asianosaisten toimien johdosta näiden esittäessä näyttöä.⁴⁶⁵

Tirkkosen kanta näyttökynnyksen joustavuuteen ei ole niin jäykkä kuin ehkä toisinaan on ajateltu. Hän kyllä operoi täyden näytön käsitteellä, mutta lähes samaan hengenvetoon toteaa, mielestäni melkoisen modernisti seuraavaa – voisi jopa sanoa, että hän lähtee sitaatin loppupuolella näyttötuomarin määrittämästä, joustavasta kynnyksestä:

”Oikeuskäytäntö saattaa kuitenkin vaikuttaa modifioivasti eli siten, että jonkin relevantin seikan suhteen tyydytään vähempään kuin täyteen näyttöön. Valaisevan esimerkin tarjoavat ns. faktilliset presumtiot: jokin seikka oletetaan todeksi sellaisilla perusteilla, jotka tekevät olettamuksen todennäköiseksi muttei täysin varmaksi. Kirjoitettu laki sisältää puolestaan erikoismääräyksiä, joiden mukaan tietyissä tilanteissa tyydytään normaalia pienempään eli todennäköisyysnäyttöön. Lisäksi voidaan yleisenä toteamuksena lausua seuraavaa: Kun tuomioistuim joutuu vapaasti ratkaisemaan, onko jonkin relevantin seikan tueksi esitetty riittävästi näyttöä, niin dispositiivisissa riita-asioissa tyydytään monesti siihen, että riittävänä näyttönä pidetään enemmän tai vähemmän vahvaa todennäköisyysnäyttöä. Sitä vastoin asetetaan näytön vakuuttavuudelle ainakin periaatteessa suuremmat vaatimukset silloin, kun on kyseessä indispositiivinen riita-asia.”⁴⁶⁶

464 Bolding, 1951, s. 157. Hänen mukaansa kaikkien näyttökynnyksikysymyspohdintojen täytyy johtaa tämän plausiibelin säännön asettamiseen: ”Mitä todennäköisyyden astetta vaaditaan / mikä riittää siihen, että tosiseikka voidaan asettaa tuomion perustaksi.” Ja yhteys todistusharkintaan näkyy siinä, että tämän vuorostaan täytyy johtaa kannan ottamiseen kysymykseen: ”Mikä todennäköisyyden aste on käsillä?” Ks. tästä Halila 1955, s. 62 – 69 (hänen torjuessaan övervikt-periaatteen).

465 Bolding 1960, s. 24.

466 Tirkkonen 1977, s. 100 – 101. Vrt. Lappalainen 2001, s. 295 (samansisältöisesti Lappalainen – Rautio 2017 s. 712), jonka ymmärän tulkitsevan Tirkkosen kantaa niin, että hän edusti ”perinteistä” näkemystä, joka taas Lappalaisen mukaan olisi lähtenyt siitä, että näyttökynnyks kuuluu pikemminkin todistusharkinnan piiriin. Lappalainen näyttää kytkevän tämän tulkinnan siihen, että näyttökynnyksen ei perinteisen dogmin mukaan katsottu joustavan, vaan oli olemassa vain yksi kynnyks eli ”ns. täysi näyttö” – jonka Tirkkonen määritteli ”eräänlaiseksi korkeamman asteen todennäköisyydeksi”. Lappalainen perustelee tulkintaansa Tirkkosen kannasta sillä, että Tirkkonen sijoitti ”kysymyksen näytön riittävydestä” nimenomaan todistusharkinnan puolelle, ja viittaa muun ohella Tirkkoseen 1977, s. 100 ja 109 alkaen. – Ilmaisu ”kysymys näytön riittävydestä” on kuitenkin hatara: sillä voidaan tarkoittaa sekä vaatimuksen asettamista että esitetyn näytön riittävyden arviointia vaatimukseen nähden.

Lappalainen 1999 lausuu seuraavaa:

”Riittävyyskannanotossaan tuomioistuin ”vertaa todistusharkinnan ”empiiristä lopputulosta” siihen, mitä *laki* näytöltä vaatii. Riittävyyspunninnassa on siis paljolti kyse normatiivisesta ratkaisusta. Tuomioistuin soveltaa *oikeusohjeita* siitä, kummalla asianosaisella on todistustaakka ja kuinka vahvaa näyttöä häneltä vaaditaan.” ... ”Todistusharkinta on kiinteässä yhteydessä sitä *ohjaaviin normatiiviisiin* riittävyyskriteereihin” ... ”Teoreettiselta kannalta katsoen todistustaakan jakaminen asianosaisten kesken ja näytöltä *vaadittavan voimakkuuden määrittäminen* ovat *varsinaisen todistusharkinnan* ulkopuolelle lankeavaa oikeudellista päättelyä.”⁴⁶⁷

Tulkitsen, että Lappalainen katsoo juuri lainsäätäjän määrittelevän myös näyttökynnyksen. Tämä on linjassa sen kanssa, että hän esittää ”uudemman pohjoismaisen todistus oikeustutkimuksen” luokittelevan ”näytön riittävyyskysymykset” osaksi todistustaakkaproblematiikkaa.⁴⁶⁸ Toisaalta Lappalainen myöntää, että näyttökynnys yksittäisessä jutussa on todistustaakkasäännön määräämässä ”kiinteässä” paikassa, mutta huomauttaa, että ”kynnyksen korkeus voi juttujen välillä huomattavastikin vaihdella sen mukaan, millaisesta jutusta on kysymys”.⁴⁶⁹

Jyrki Virolainen määrittelee todistustaakkanormin säännökseksi siitä, kumman vahingoksi jää se, että *näyttökynnys* ei ylity.⁴⁷⁰ Virolainen toteaa,⁴⁷¹ että näyttökynnys ja todistustaakka liittyvät kiinteästi toisiinsa. Hän tarkastelee todistusharkintaa ja todistustaakkaa kyllä erikseen, mutta käsitteet kietoutuvat toisiinsa. Toisaalta hän näyttää katsovan näyttökynnyksen todistusharkintaan kuuluvaksi, mutta toisaalta kuvatessaan tuomioistuimen etenemistä lausuu olevan johdonmukaista ensin ottaa kantaa todistustaakkakysymykseen ja arvioida vasta sen jälkeen, onko todistamisvelvollisuuden (todistustaakan) omaava asianosainen selviytynyt näyttövelvollisuudesta, vertaamalla kokonaisnäyttöarvoa siihen, mitä näyttökynnysnormi näytöltä vaatii. – Virolainen huomauttaa, että riita-asioissa näyttökynnys saattaa *materiaalisen oikeuden normeihin otettujen säännösten perusteella* vaihdella.⁴⁷² Onko Virolaisen ”näyttökynnysnormi” synonyymi todistustaakkanormille? Ehkä ei, sillä toisaalla – torjuessaan käsityksen, että todistusharkinta olisi puhtaasti empiiristä tai tietoteoreettista toimintaa – hän lausuu näin:⁴⁷³

⁴⁶⁷ Lappalainen 1999, s. 187, 188 ja 191. Kursivoinnit tässä JR.

⁴⁶⁸ Lappalainen, 2001 s. 297; samansisältöisesti Lappalainen – Rautio 2017 s. 712.

⁴⁶⁹ Lappalainen 2001, s. 297; samansisältöisesti Lappalainen – Rautio 2017, s. 713.

⁴⁷⁰ Virolainen 1995, s. 88, 44 ja 45. Kursivointi JR.

⁴⁷¹ Virolainen 1995, s. 44 ja 45.

⁴⁷² Virolainen 1995, s. 44.

⁴⁷³ Virolainen 1995, s. 47.

”Näyttökysymyksen ratkaisuun sisältyy kuitenkin myös normatiivista ainesta, sillä tuomari ei voi muodostaa käsitystä näytön riittävyiden suhteen ottamalla [ottamatta?] samalla kantaa siihen, kuinka vahvaa näyttöä riittävältä näytöltä yksittäisessä tapauksessa edellytetään eli mikä on näyttökynnys. Tämä puolestaan on ... oikeudellinen kysymys. Sama koskee näyttökynnykseen kiinteästi liittyvää todistustaakkakysymystä.”⁴⁷⁴ ”Oikeuskäytännössä ja varsinkin oikeuskirjallisuudessa on kehitetty myös muunlaisia, joustavaa tuomitsemiskynnystä koskevia sääntöjä. Rikosjutuissa tuomitsemiskynnystä pidetään periaatteessa muuttumattomana (”jäykkänä”) ja siis täyttää näyttöä edellyttävänä; tältäkin osin on kirjallisuudessa vaadittu tapaus- tai ainakin juttutyypikohtaisia vaihteluja (Klami, Jonkka).”⁴⁷⁵

Jonkan mukaan⁴⁷⁶ on ”luonnollisesti lainsäätäjän asia” määritellä ja määrätä, minkä vahvuista näyttöä erilaisiin toimenpiteisiin ryhtymiseksi edellytetään.” Esimerkkeinä toimenpiteistä Jonkka viittaa pakkokeinolain kynnyksiin ”todennäköiset syyt” ja ”on syytä epäillä”. ”Lainkäyttäjän on suhteutettava tällaiset yleiset näytön vahvuutta kuvaavat käsitteet todelliseen näyttötilanteeseen ja käytettävissä olevan todistusaineiston näyttöarvoon”, Jonkka lausuu. Hän katsoo kuitenkin toisaalla, että yleisillä käsitteillä ilmaistuja näyttökynnyksiä todelliseen näyttötilanteeseen ”suhteutettaessa” lainkäyttäjälle jää pakostakin jonkin verran harkintavaltaa. Usein näytön riittävyys tai riittämättömyys on selvää, mutta joskus joudutaan operoimaan näyttökynnyksen raja-alueella. ”Tällöin lainkäyttäjän on konkreettisessa päätöstilanteessa täsmennettävä yleisen (”abstraktin”) näyttökynnystä kuvaavan ilmaisun tarkka merkitys.”⁴⁷⁷

474 Virolainen 1995, s. 47. Hän ei tässä tee eroa riita- ja rikosjutun välillä. – Samalla hän huomauttaa, että oikeus- ja tosiasiakysymys esiintyvät juridisessa päätöksenteossa toisiinsa kietoutuneina. Niiden tarkka erillään pitäminen ei ole mahdollista myöskään käsittelyvaiheen aikana. Asianosaisen on oltava selvillä faktojen juridisesta merkityksestä voidakseen vedota juuri oikeisiin faktoihin oikeustositseikkoina. Oikeusnormit määräävät, mitkä tosiseikat ovat oikeusseuraamuksen kannalta jutussa relevantteja.

475 Virolainen 1995, s. 45. Virolainen, joka yleensäkin näyttää samaistavan näyttö- ja tuomitsemiskynnyksen, mihin viittaa hänen lausumansa s. 44, tarkoittaa tässä ymmärtääkseni juuri näyttökynnystä.

476 Jonkka 1992, s. 89. Samoin s. 90: ”Lainkäyttäjän on arvioitava, millä todennäköisyydellä tämä todistustee- ma on tosi. Lainsäädännöstä taas ilmenee (enemmän tai vähemmän nimenomaisesti ja täsmällisesti), miten korkeaa todennäköisyysastetta toimenpiteeseen vaaditaan. Konkreettisessa päätöstilanteessa verrataan näitä todennäköisyysasteita keskenään.” – Kuten aiemmin on todettu, Jonkka (samoin kuin Virolainen) käyttää jokseenkin johdonmukaisesti tuomitsemiskynnyksen termiä tarkoittaessaan (koko syytteen) näyttökynnystä. Omasta mielestäni nämä eivät ole sama asia: näyttöratkaisu eli esitetyn näytön katsominen riittäväksi on episteeminen ratkaisu (kahden todennäköisyyden tai näytön vahvuuden vertaaminen), ja tuomitsemisratkaisu (rikoksen syyksilukeminen ja seuraamuksen määrääminen) on eri asia. Joissakin asiayhteyksissä näytön riittäväksi arvioimisen samaistaminen tuomitsemiseen on ainakin omasta mielestäni omiaan johtamaan harhaan. – En myöskään käyttäisi termiä ”suhteuttaminen” tästä vertaamisesta; siitä voi syntyä käsittääkseni mielikuva, että esitetyn näytön vahvuus vaikuttaa vaaditun näytön määrään. Tätä ei ole tarkoitettu.

477 Jonkka 1992, s. 93 – 94. Hänen mukaansa näyttökynnyksiä kuvaavilla ”käsitteillä – kuten käsitteillä yleensäkin – on ydinalueensa, joilla niiden merkitys on selvä, ja reuna-alue, jolla liikuttaessa on kussakin tapauksessa erikseen arvioitava, kuuluuko tarkasteltava tapaus käsitteen alaan.”

Jonkka on sitä mieltä, että jos halutaan havainnollistaa rikosprosessuaalisia näyttökynnyksiä todennäköisyysjanalla, abstrakteja näyttökynnyksiä tulisi käsitteiden epätasällisuuden vuoksi kuvata *alarajaltaan epämääräisinä vyöhykkeinä*. Lainkäyttösolla taas konkreettista ratkaisua tehtäessä näyttökynnys ei voi olla mikään epämääräinen vyöhyke vaan *tarkka piste* – näyttökynnys joko on tai ei ole juuri harkittavana olevassa tapauksessa ylittynyt. Lainkäyttäjän on käsitteen reuna-alueella täsmennettävä abstrakti ilmaus yksittäistapauksessa konkreettiseksi ilmaukseksi.⁴⁷⁸

Lainkäyttäjälle on joko tarkoituksellisesti annettu harkintavaltaa tai hänelle on säännösten epätasällisuuden vuoksi jäänyt harkintavaltaa. Jonkka jatkaa: ”Näyttökynnys on sääntötyyppinen normi, jonka täsmäntämisessä saatetaan joutua turvautumaan periaatteiden punnintaan. Lainkäyttäjän on harkittava, *kumpi päätösvaihtoehtoista paremmin palvelee rikosprosessin keskeisten arvo- ja tavoiteperiaatteiden optimaalista toteutumista konkreettisesti tapauksessa* (”optimaalinen näyttökynnys”). Jonkka katsoo, että näytön riittävyden arvioinnissa on ”pohjimmiltaan kyse käsitteen epätasällisuuden vuoksi harkintavaltaa jättävän oikeudellisen normin – näyttövaatimuksen – tulkinnasta”.⁴⁷⁹ Jonkka kyllä myöntää, että ”on perusteltua lähteä siitä, että mainituilla ’optimointikäskyillä’ voi olla syyttäjän ja tuomarin näyttöratkaisuille hieman eri sisältö ja painoarvo”.⁴⁸⁰

Jonkka kannattaa joustavuutta ainakin näin: ”Koska tuomitsemiskynnystä ei ole mahdollista yleisesti (abstraktisti) määritellä yksiselitteisen tasällisesti, joudutaan se kussakin päätöstilanteessa tarkentamaan erikseen. Lainkäyttäjä tavallaan luo harkintatilanteessa konkreettista tapausta silmällä pitäen tuomitsemiskynnyksen. Yksilön oikeusturva ei ole sen varassa, että ehdottomasti (epärealistisesti) kielletään kynnyksen vaihtelun mahdollisuus, vaan siinä, *että tuomitsemiskynnyksen tarkka määräytyminen tapahtuu hyväksyttävien kriteerien mukaisesti*. Ja juuri tätä – samoin kuin näyttöratkaisun perusteltavuutta – auttaa avoin keskustelu noista kriteereistä”.⁴⁸¹ Kynnys tulisi määrätä ”kiinnittäen huomiota päätösvaihtoehtojen seurauksiin rikosprosessuaalisten arvojen ja tavoitteiden ja tosiasiallisten näyttömahdollisuuksien valossa”. Jonkka suosittelee, että kynnystä täsmennettäessä haitallisuusarviointi tehtäisiin *”vain abstraktisti ilmaistun tuomitsemiskynnyksen rajojen täsmäntämisessä*”. ”Näin yhdistetään vaatimus yhtäältä jäykästä (abstrakti tuomitsemiskynnys) ja tilannekohtaisesti vaihtelevasta (konkreettinen) tuomitsemiskynnyksestä”.⁴⁸²

478 Jonkka 1992, s. 94 – 95. Kursivoinnit Jonkan.

479 Jonkka 1992, s. 95. Kursivoinnit Jonkan.

480 Jonkka 1992, s. 96.

481 Jonkka 1992, s. 120.

482 Jonkka 1992, s. 120 – 121. Kursivointi Jonkan. Hän esittää konkreettisen tuomitsemiskynnyksen laskemiselle neljä mahdollista kriteeriä: 1) epäily kohdistuu yksilön oikeusturvan kannalta vähemmän arkoihin

Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula 1988 määrittävät näyttökynnyksen määrääjän näin:

”Beviskravet är en i princip normativ fråga, där lagstiftaren kan ingripa genom att ange olika beviskrav (exempelvis högre: ”uppenbart”, eller lägre: ”antagligt”), men annars är det domaren själv som i samband med bevisvärderingen även måste ta ställning därtill, om beviskravet är uppfyllt.”⁴⁸³

Ehkä ponnekkaimmin meillä **Klami** on kannattanut ajatusta, että niin todistustaan kuin näyttökynnyksenkin tulisi olla joustava.⁴⁸⁴ Klami käsittelee kysymystä samassa yhteydessä kuin todistustaan kinkin joustamista, ja perusteet, jotka molempien määrittämistä hänen mukaansa sääntelevät, olisivat samat eli alkuperäistodennäköisyys, aihe ja mahdollisuudet varautua näyttöön ja esittää sitä oikeudenkäynnissä, eri oikeussäännösten tavoitteet ja väärän päätöksen riskistä aiheutuvan haitan sosiaalinen kantokyky. Klami näyttäisi kannattavan ajatusta, että näyttökynnyksen korkeus asetettaisiin tuomioistuimen toimesta ad hoc jutun laadun mukaan ottaen huomioon edellä mainitut argumentit.⁴⁸⁵

Antti Jokela näyttäisi omassa arviossaan suhtautuvan Klamin ja Minna Gränsin näkemyksiin hyväksyvästi: ”Joustava ja tapaukseen sopiva todistusvaatimus vaikuttaa yleisen oikeustajun mukaiselta.” Jokela huomauttaa kuitenkin, että Klamin mallin ongelmana saattaa olla päätösten ennalta-arvaamattomuus ja sitä kautta oikeusvarmuuden heikkeneminen. Jos malli hyväksytään yleiseksi menettelytavaksi, asianosaisilla on toisaalta mahdollisuus ottaa se jo ennakolta huomioon.” – Jokela toteaa kuitenkin vastapainoksi, että oikeudessamme on monia suhteellisen vakiintuneita ja yleisesti hyväksyttyjä todistustaakkasääntöjä, joista ei ole aiheutta luopua. ”Korkeintaan niiden soveltamista tulisi edellä mainituin tavoin joustavoittaa.”⁴⁸⁶ **Pasi Pölönen 2003** on samaa mieltä kuin

kysymyksiin, 2a) sanktiotodennäköisyydellä arvioidaan olevan preventiovaikutukselle selvästikin relevanssia ja 2b) teon/toiminnan haitallisuus korostaa prevention merkitystä, ja 3) epäily pääasiassa koskee sellaisia tunnusmerkistökiteijöitä, joista ”normaalinäyttöä” on vaikea saada. Sama koskee myös päinvastaisesta tilannetta: Jonkan mukaan erityisesti syyttömän suojaamisen periaatteen kohonnut painoarvo voi vaatia epäilyn supistamista mahdollisimman vähäiseksi ja siis konkreettisen tuomitsemiskynnyksen nostamista.

483 Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula 1988, s. 593 – 594.

484 Klami 2000, s. 39 ja 84. Hän myöntää kyllä, että niin omat kuin ruotsalaisetkin tutkimukset viittaavat siihen, että näyttökynnyksen rikosjutuissa ei tahdota riippuvan sanottavasti jutun laadusta ja seuraamuksen ankaruudesta.

485 Klami 2000, s. 82 – 84. Rikoksen vakavuus voisi korottaa kynnystä, mutta lievyys ei alentaisi. Ks. myös Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 80. – Jokela 2015, s. 354 viittaa Klamiin tutkimusryhmineen ja erikseen Hatakkaan, nyk. Gräns, jotka ovat esittäneet luopumista kiinteistä todistustaakkasäännöistä ja todistustaan jakautumista ”rationaalisesti ja joustavasti kussakin tapauksessa olosuhteiden mukaan” (Jokelalta lainattu kiteytys).

486 Jokela 2015, s. 354. Hän näyttää (s. 354 verrattuna s. 351) katsovan kaikki neljä Klamin esillenostamaa argumenttia, joita sovellettaisiin sekä näyttökynnyksen asettamisessa että todistusharkinnassa, yleispäteviksi, mutta suhtautuu niistä neljanteen, riskinkantokykyyn, selkeän varovasti (”...voitaneen jossain määrin ottaa huomioon”).

Diesen: näyttökynnyksen tulee olla kaikissa rikosjutuissa vakio, mutta tutkinan robustius vaihtelee rikostyyppien välillä.⁴⁸⁷ **Pekka Koponen 2004** katsoo, että rikoksen törkeysasteen ei tule ”sinänsä” vaikuttaa näyttökynnyksen korkeuteen. Hänkin lausuu Dieseniin viitaten, että näyttökynnys on vakio, ja selvityksen laajuutta ja laatua eli robustiutta koskeva vaatimus joustaa rikoksen mukaan.⁴⁸⁸ **Mika Huovila 2003** pitää selvänä, että näyttökynnys rikosasioissa joustaa vähemmän kuin siviiliasioissa, mutta että tuskin rikosasioissakaan voidaan puhua täysin kiinteästä näyttökynnyksestä.⁴⁸⁹

Ekelöf 1977 toteaa doktriinista löytyvän lukuisia lausumia siitä, että syytetyn tuomitsemiseen vaaditaan törkeässä rikoksessa vahvempaa näyttöä kuin lievemmissä. Tällöin on ehkä pidetty mielessä tapauksia, joissa syytetty on tunnustanut. Syytetyllä tulisi olla dispositio-oikeus sikäli, että hän tunnustamisellaan voisi saada aikaan, että syyte hyväksytään vähemmän perusteellisella selvityksellä ja siten myös heikommalla näytöllä, kuin jos teko kiistettäisiin. Eräiden tunnusmerkistökiteijöiden, kuten subjektiivisen rekvisiitan, kohdalla voidaan yleisemminkin tyytyä heikompaan näyttöön.⁴⁹⁰

487 Pölönen 2003, s. 127 ja 143.

488 Koponen 2004, s. 81 – 82.

489 Huovila 2003, s. 180 alaviite 61. Toisaalta hän viittaa esimerkkinä hätävarjeluan ja jälkinautintaan, joiden osalta näyttökynnys ei hänen mukaansa (välttämättä) ole sama kuin epäselvyyden liittyessä esimerkiksi siihen, onko vastaaja ylipäättään pahoinpidellyt asianomistajaa tai kuljettanut autoa, ja viittaa Klamiin 1991 s. 305 – 312. – Huovila tarkoittaa ymmärtääkseni syytetyn näyttökynnystä hätävarjelu- ja jälkinauttimisväitteistään. Esimerkiksi Ekelöf lähtee syyttäjän todistustaakasta koskien ei-hätävarjelua: Ekelöf 1982, s. 128. Huovilan vertailu ei koskene niinkään juttukohtaista, esimerkiksi rikoksen vakavuuteen tai laatuun perustuvaa joustavuutta kuin eräitä puolustukseen liittyviä yleisiä tyyppitilanteita. – Ekelöf katsoo kyllä taakan olevan syyttäjällä, mutta ”ätministone mig förefaller det tivelaktigt, om man härvidlag bör upprätthålla lika höga krav på bevisningens styrka som för den åtalade gärningen.” – Oikeuskäytännön kanta käsittääkseni tällä hetkellä on, että jos syytetyn hätävarjeluväite on järkevä, syyttäjällä on todistustaakka siitä, että väite ei pidä paikkaansa. Mielestäni selvintä on pitää hätävarjeluväitettä syytteeseen nähden vastatosisieikkana (useimmiten -seikastona), ja tällöin syytetyn olisi *lähtökohtaisesti* näytettävä se toteen. Kuten vastatosisieikoilta yleensäkin, tältäkin vaadita samaa näytön vahvuutta kuin päätodistelulta. Jo syyttömyyssolettamasta johtuu, että kynnys ei ole korkea: väitteen ”järkevyys” muodostaa lähtökohdan todistelutilanteelle. Syyttäjän asiana on näyttää, etteivät olosuhteet ole olleet sellaiset kuin tuossa väitteessä sanotaan. Tältä näytöltä voidaan vaatia samaa vahvuutta kuin syyttäjän näytöltä yleensäkin, vrt. Ekelöf edellä. – Näin on teorian tasolla. Tämä malli noudattelee osin (kaavoja lukuun ottamatta) myös Klamin 1991, s. 309 esittämää, kuitenkin sillä erolla, että Klami pitää hätävarjeluväitettä päätodistustesteman vastakohtana. Sen funktio kyllä on sama kuin vastatodistestekin eli pyrkiä kumoamaan päätodiste, mutta se (voi) sisältää muitakin todistustosisieikkoja kuin päätodistustesteman negatioita. Tämä käy ilmi Klamin esimerkistäkin s. 309. Kuten Klami s. 311 oikein huomauttaa, reaalinäyttilanne voi olla vaikea, koska usein alkoholi on tai huumet ovat olleet mukana tilanteessa ja muistikuvat voivat olla hataria. – Jälkinauttimisväitteen kohdalla vastatosisieikka-ominaisuus on vielä selvempi, koska se kohdistuu selvästi jo itse teon objektiiviseen tunnusmerkistöön. Näyttövelvollisuus järkevän väitteen paikkansapitämättömyydestä jää siinäkin syyttäjälle.

490 Ekelöf 1977, s. 116 – 118. – Ks. myös Ekelöf – Boman 1992 s. 119: ”domstolen generellt nöjer sig med en svagare bevisning för vissa straffrättsligt relevanta omständigheter än för andra sådana”. En kuitenkin usko tällä tarkoitettavan, että tuomioistuimien kompensoisi yhtä heikkoa oikeustosisieikkaa toisen suuremmalla vahvemmalla. Kysymys voi olla esimerkiksi tahallisuuden kohdalla vaikeanäyttöisyydestä. – Vrt. Pölönen 2003, s. 142.

Lindell 1987 katsoo, että näyttökynnys on sinänsä vakio, mutta selvityksen (esimerkiksi esitutinnan) laajuus ja siten näytön robustius vaihtelee. Siten voi näyttää siltä, että kynnys vaihtelee.⁴⁹¹ **Lindell 2017** vaikuttaa hyväksyvän Gränsin ”rationaalisen näyttökynnyksen” katsoessaan, että se kuvastaa tosiasiallista käytäntöä. Hän huomauttaa kuitenkin siitä, että eräs Gränsin esittämä perustelu, tuomarien erilaiset käsitykset siitä, mitä ”styrkt/visat” kyselytutkimusten prosenteissa tarkoittaa, jo tukevat tällaista mallia, ei välttämättä ole merkityksellinen.⁴⁹² Itse Lindell katsoo, että esillä olevassa yksittäisessä jutussa kannanottoa näyttövaatimukseen ei voida pitää erillään todistusharkinnasta; erottelu voidaan tehdä vain abstraktilla tasolla.⁴⁹³

Diesen 2015 käsittelee näyttökynnyksen eriytymistä rikosjutuissa.⁴⁹⁴ Hän viittaa Lindelliin siinä, miksi näyttökynnys lievemmissä rikoksissa voi näyttää alemmalta: materiaali ei ole yhtä laaja.⁴⁹⁵ Diesen itse on sitä mieltä, että rikoksen törkeys ei saa vaikuttaa, mutta varmuus jää pienemmissä rikoksissa vähäisemmäksi, koska selvitys on kapeampaa.⁴⁹⁶ Poissaolotuomioiden osalta ei Diesenin mielestä kynnyksen alentamiselle ole tukea RB:ssä;⁴⁹⁷ summaarisissa rikosasioissa taas Diesen turvautuu Lindelliin.⁴⁹⁸ Poissaolotuomioissa ja kirjallisissa tuomioissa täytyy kuitenkin hyväksyä alempi kynnys, koska niissä tutkinta ei voi olla sellainen, että brd-kynnystä voisi soveltaa. Silloin Diesenin mukaan rikos on ”styrkt”. Mitä syytetyn suhtautumiseen ja tunnustamiseen tulee, Diesen katsoo Lindellin tavoin, että näyttövaatimus on konstantti ja tunnustetun ja kiistetyn jutun erottaa yhteys ”selvityksen määrän ja arvioinnin laadun välillä”. Vaatimusta ei saa korottaa silloinkaan, kun tunnustus koskee hyvin vakavaa rikosta; niissä tunnustuksen lisäksi vaadittu muu näyttö tarkoittaa tarkempaa

491 Lindell 1987, s. 353, 356 ja 361.

492 Lindell 2017, s. 636 – 638. Syynä tähän hänen mukaansa on, että koska juridinen totuuskäsitys on relatiivinen ja sisäinen, ei prosenttiluku välttämättä viittaa ulkoiseen todellisuuteen. Ero tuomarien välillä voi olla näennäinen. Vapaan todistushakrinnan järjestelmässä ei voida odottaakaan yksimielisyyttä, mutta marginaalien tulee olla silti kohtuullisia. Lindell arvelee lisäksi, että nämä pohdinnat, riskiarvioinnit, eivät tapahdu yksin näyttökynnykseen kantaa otettaessa, vaan lähtevät todistusharkinnasta.

493 Lindell 2017, s. 631.

494 Diesen 2015, s. 148 – 154. Sikäli kuin havaitsen, Diesenin kannat eivät ole muuttuneet oppikirjan ensimmäisestä painoksesta (1994, s. 85 – 98). Hän selostaa s. 150 – 151 Ekelöfiä ja Boldingia mutta katsoo, että ei ole aivan varmaa, onko yleinen periaateasenne, että rikoksen törkeys ei saa vaikuttaa näyttökynnykseen. Diesen viittaa Elwingiin (”ei mahdotonta, että bagatelleissa alempi, mutta oikeusvaltiossa alkeellinen vaatimus, että kaikkiin rikostuomioihin periaatteessa kohdistuu sama tarkka näytönharkinta”, *Festsskrift till Welamson* s. 151 alkaen).

495 Esim. Lindell 1987, s. 361. Diesen viittaa myös Ekelöfiin 1977, s. 117. – Samalla kannalla kuin Lindell ja Diesen on myös Holmström 2019, s. 101.

496 Diesen 2000, s. 170 – 171 ja 2015, s. 152.

497 Diesen 2015, s. 151. Hän torjuu ajatuksen, että RB 46:15:n ilmaisu ”tillfredsställande” olisi tuki alentamiselle; hän ei pidä sitä lainkaan näyttökynnyksen ilmauksena.

498 Diesen 2015, s. 152 viittaa Lindelliin 1987 s. 356 - 357: ”kvalitetsbedömningen (är) inbakad i själva bevisvärderingen”.

ja laajempaa selvitystä ja tutkintaa ja siten suurempaa varmuutta, mutta ei siinänsä korkeampaa kynnystä.⁴⁹⁹

Edellä oleva Diesenin kantaa koskeva selvitys koski rikostyyppejä. Hän on käsitellyt näyttökynnystä myös todistusteemoittain. Diesen on jaotellut rikosprosessia ajatellen syytteen sisältämät tunnusmerkistötekijät kolmeen kategoriaan:⁵⁰⁰

1) Välittömästi relevantit seikat – rikoksen objektiivisella puolella syyttäjän teonkuvaus, subjektiivisella puolella sen subjektiivinen peittävyys.

2) Asiayhteydelle relevantit seikat: objektiivisella puolella teko ympäristön olosuhteiden ”struktuurissaan” (yleinen käyttäytyminen), subjektiivisella puolella motiivi.

3) Toimintaympäristöön liittyvät ja seurauksen valintaa ohjaavat tekijät: objektiivisella puolella tausta sekä raskauttavat ja lieventävät asianhaarat, subjektiivisella puolella rikoksentehtäjän ennusteeseen liittyvät seikat ja vastaavat.

Diesen on liittänyt kategorioihinsa erilaiset, kolmentasoiset näyttövaatimukset. Ensimmaisessä kategoriassa näyttövaatimus ”ei järkevää epäilystä” koskee teon kuvan objektiivisia tunnusmerkistötekijöitä, toisessa kategoriassa ”todennäköinen” koskee muun ohella tahallisuutta, tuottamusta ja vastuuvapausperusteiden puuttumista, ja kolmannessa kategoriassa ”kohtuullinen” koskee rubrisointiin ja seurauksen valintaan vaikuttavien seikkojen huomioon ottamista. Diesen asettaa monimutkaisaksikin jutuissa lähtöteesiksi, että *”bortom rimligt tvivel”-kynnyksen täytyy katsoa koskevan joka tapauksessa kaikkia rikoksen objektiivisia tunnusmerkistötekijöitä.*⁵⁰¹ Tästä voi olla poikkeuksia,⁵⁰² mutta ei koskaan toimintaa ja tekijäntointa koskevien tunnusmerkistötekijöiden kohdalla. Mitä rikoksen subjektiiviseen tunnusmerkistöön tulee, Diesenin oma kanta on, että niiden kohdalla on käytännön todisteluvaikeuksista johtuen sovellettava tosiasiaa alemmaa vaatimusta.⁵⁰³ Hän toteaa kuitenkin, että tämä kanta ei ole Ruotsissa voimassa olevan oikeuden mukainen ja viittaa ratkaisuun

499 Diesen 2015, s. 152 – 154. hän ei siis hyväksy Ekelöfin ajatusta tunnustuksen näyttökynnystä alentavasta merkityksestä.

500 Diesen 2012, s. 209 – 210. S. 210 on malli selvitys- eli robustiusvaatimuksen kannalta. Ks. myös jo Diesen 1994, s. 88 – 98.

501 Diesen 1994, s. 88 ja 2012, s. 154 ja 158. Hän katsoo, että vaikeudet abstraktisten ja negatiivisten tunnusmerkistöjen arvioinnissa voidaan yleensä hallita, jos todistusharkinnassa näyttövaatimuksen ohella käytetään hyväksi myös selvitysvaatimusta eli asetetaan lopputuloksen varmuus suhteeseen sen kanssa, mikä yksittäisessä jutussa on kohtuullista selvittää, tutkia ja eliminoida. Kohtuullisuuskäsitteessä on nimittäin otettu huomioon myös nämä erityiset vaikeudet. – Kursivoinnit Diesenin.

502 Diesen 1994, s. 88 ja 2012, s. 154 – 158, sallisi poikkeuksia eli alemman näyttökynnyksen käyttämistä rikoksen yksilöinnissä eräissä tapauksissa tekoajan, tekopaikan ja rikoksen kohteen osalta sekä siviilioikeudellisten seikkojen, seuraustunnusmerkien ja hypoteettisten seikkojen suhteen.

503 Sama koskee vastuuvapausperusteiden näyttämistä, Diesen 2012, s. 170.

NJA 2012 s. 45, jossa oli asetettu ”utom rimligt tvivel”-vaatimus myös tahallisuuden toteennäyttämislle.⁵⁰⁴

Christian Dahlman 2018 viittaa HD:n lausumaan jutussa NJA 2009 s. 447 kynnyksen stabiiliudesta ja selostaa kirjallisuuden käsityksiä, joiden mukaan näyttökynnyksellä Ruotsissa vaihtelee rikoksen törkeyden mukaan.⁵⁰⁵ Dahlman oli vuonna 2017 suorittanut toisen tutkijan kanssa alioikeuskäytännön osalta tutkimuksen, jossa verrattiin raiskausjuttujen (otos 20) ja laitonta uhkausta koskevien juttujen (otos 50) näyttökynnystä. Edellisissä tuomio oli syyksilukeva 18 tapauksessa (90 %) ja jälkimmäisissä 9 tapauksessa (18 %). Hän katsoo tuloksen osoittavan, että näyttökynnyksellä *vaihtelee*. Sen kysymyksen osalta, *tulisiko* kynnyksen vaihdella, Dahlman toteaa perustelun, että virheiden välttämisen arvo vaihtelee rikostyyppien mukaan; syyttömän tuomitseminen murhasta on pahempaa kuin liikennerikkomuksesta. Hyväksyttävä ”erehdyskvootti” on pienempi vakavien rikosten kohdalla. Dahlman viittaa tämän näkemyksen kritiikoista Ronald Dworkiniin ja Gränsiin; jälkimmäisen mukaan tulee ottaa huomioon, että on huono asia, jos vakavaan rikokseen syyllinen on vapaana. Toinen argumentti vaihtelulle – vaikeanäyttöisten rikosten, kuten seksuaalirikosten, kynnyksen tulisi olla matalampi, on Dahlmanin mukaan problemaattinen.⁵⁰⁶

Jo Hov 1999 näyttää lähtevän siitä, että näyttötuomari ratkaisee kynnyksen korkeuden ja kynnyksen on joustava.⁵⁰⁷

Strandberg 2012 ei kelpuuta ad hoc -vaihtelua, syynä samanlaisen kohtelun, ennakoitavuuden ja rationaalisuuden vaatimukset.⁵⁰⁸ Hahmotellessaan jäsentelyä norjalaisen näyttövaatimusopin esitykseksi Strandberg toteaa tuon opin edellyttävän ”et skarpt skille mellom et juridisk beviskrav och en ikke-juridisk bevisvurdering”.⁵⁰⁹

Strandberg⁵¹⁰ kysyy, missä määrin näyttökynnyksen tulee sitoa todistusharkintaa. Eräs argumentti on, että todistusharkinnan tulee olla mahdollisimman vapaata,

504 Diesen 2012, s. 158 – 168.

505 Dahlman 2018, s. 164 – 165. Hän viittaa muun ohella Klammin työryhmän (Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula, SvJT 1988, s. 595 ss.) kyselytutkimukseen, jossa hänen mukaansa 56 prosenttia ruotsalaisuomareista katsoi kynnyksen vaihtelevan. – Ruotsissa 16 vastaajaa katsoi kynnyksen joustavan (ks. s. 597 – 598).

506 Dahlman 2018, s. 165 – 168.

507 Hov 1999, s. 251. Näin lienee lupa päätellä siitä, että hän vastustaa yleisten kokemussääntöjen hyödyntämistä kahdesti. Tuomioistuimien voi niitä hyödyntää todistusharkinnassa, mutta ei näyttökynnyksen asettamisessa: ”Hvis en la vekt på dem også etter avsluttet bevisbedømmelse, ville det i virkeligheten innebære at en tok hensyn til formodningen to ganger, først ved bevisbedømmelsen og senere ved avgjørelsen av hvilke beviskrav som må stilles.”

508 Strandberg 2012, s. 335 – 336.

509 Strandberg 2012, s. 47.

510 Strandberg 2012, s. 335 – 336. Kursivointi Strandbergin.

koska se riippuu liian paljon jokaisesta yksittäisestä jutusta, jotta sitä voitaisiin ohjata yleisillä säännöillä. Kuitenkin ne näyttökynnyksen muotoilut, jotka antavat eniten vapautta todistusharkintaan (kuten näyttökynnys, että tuomarin on tuomittava oman vakuuttuneisuutensa mukaan), ovat ongelmallisimpia suhteessa *yhdenvertaisuuden, ennakoitavuuden ja rationaalisuuden* tavoitteisiin, joilla näyttökynnykset perustellaan. Todistelusysteemeissä, jossa näyttökynnyksen on oltava oikeudellisesti ohjattu samalla kun todistusharkinnan on oltava vapaata, muodostuu sen vuoksi jännite toisaalta todistusharkinnan vapauden välille, joka perustuu tuomarin velvollisuuteen arvioida näyttö konkreettisesti joka jutussa, ja toisaalta näyttökynnyksen sitovuuden välille, joka perustuu siihen, että näyttökynnyksen ratkaisu ei saa riippua yksittäisestä tuomarista. Tähän jännitteeseen on siis otettava kantaa jo näyttövaatimusta muotoiltaessa.

Samanlaisten tapausten episteemisesti samanlainen kohtelu edellyttää, että näyttövaatimus joka tapauksessa jollakin tavoilla ohjaa todistusharkintaa. Yhdenvertaisuusargumentti on tärkein peruste näyttökynnyssääntöjen yleisyydelle ja sille, etteivät ne vaihtelee jutusta juttuun. Ja jotta tällä argumentti olisi tehokas, näyttövaatimuksella on oltava minimisisältö.⁵¹¹

Yhdenvertaisuusvaatimuksen ydin on siinä, ettei kenenkään tule joutua kantamaan suurempaa väärän ratkaisun riskiä kuin muut vastaavanlaisissa asioissa. Näyttökynnyksen tulee siksi ainakin ohjata todistusharkintaa siinä määrin, kuin on tarpeen antaa selviä sääntöjä virheriskistä. Minimivaatimuksena opin on otettava kantaa siihen, sisältääkö näyttökynnys todennäköisyyskynnyksen, robustiuskynnyksen tai molemmat. Kysymys, tuleeko todistusharkinnassa ottaa robustius huomioon, ei ole vain tietoteoreettinen, vaan sillä on suuri merkitys virheriskin jakaantumiselle. Erot ovat niin suuret, ettei asia voi jäädä riippumaan kunkin jutun tuomarista. Useimmat näyttökynnykset onkin muotoiltu näin: esimerkiksi kaikki övervikt-muotoilut eivät ota robustiutta huomioon, koska robustius ei vaikuta näytön vahvemuuteen kahden väitteen kesken.

Todistusoikeudessa pyritään totuuteen. Kun on aihetta uskoa, että tuomarin todisteista tekemien arviointien laatu vaikuttaa siihen, miten monet tuomion perusteet ovat tosia, on luonnollinen tavoite, että tuomarin arvioinnit ovat mahdollisimman hyviä. Jos on mahdollista perustella vakuuttavasti, että jokin todistusharkinnan muoto johtaa suurempaan määrään tosia tuomion perusteluita kuin muut muodot, näyttövaatimus on muotoiltava siten, että tuomari on velvollinen käyttämään sitä muotoa. Mutta tämä tarkoittaa sitä, että tietystä todistusharkinnan muodosta tulee

511 Strandberg 2012, s 335 viittaa tässä Dieseniin 1992, [oikeastaan 1993] s. 381, jossa tämä toteaa, että koska näytölle asetetut vaatimukset muodostuvat kaikille tuomareille yhteisistä normeista, täytyy todistusharkintaakin leimata tietty samankaltaisuus.

voimassa olevaa oikeutta ja että se oikeuttaa yhden harkintamuodon oikeudellisesti korrektiksi. Siten vähimmäisvaatimuksena tulee olla, että todistusharkintateoria on käyty läpi ja se on hyvin perusteltu.

Todistusharkintaa voivat lisäksi ohjata muutkin säännöt kuin näyttövaatimusta koskevat, esimerkiksi omat normit, joissa sanotaan, millaista todistusharkinnan tulee olla, mutta jotka eivät liity näyttövaatimuksen muotoiluun. Omien todistusharkintasääntöjen avulla sääntelevä voi joskus olla tarkoituksenmukaisempaa kuin näyttökynnyksnormien kautta tapahtuva sääntely. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että näyttövaatimuksella on vain lyhyt muotoilu, jossa kaikki ohjaus muusta kuin ylempänä olevista rakenteista on ainesta, joka sisällytetään näyttövaatimukseen. Toiseksi näyttökynnyssääntöjen on otettava huomioon koko todistelutilanne, kun taas todistusharkintanormeilla voidaan säännellä myös sitä, miten tuomari käsittelee todistelutilanteen isompia tai pienempiä osia. Kolmanneksi puhtaat todistusharkintanormit voidaan suuressa määrin liittää tiettyihin todistusteemojen ja –tilanteiden tyyppitapauksiin.

Lars Heuman näyttää lähtevän siitä, että tuomari määrää alkuperäistodennäköisyyden kokemussäännön perusteella ja että näyttökynnyks täytyy asettaa suhteeseen alkuperäistodennäköisyyteen. Näistä lähtökohdista lienee lupa päätellä, että Heumanin mielestä näyttökynnyksen korkeuden määrittelee tuomari. Samaa johtopäätöstä tukee hänen toteamuksensa siitä, että jos alkuperäistodennäköisyys on korkea, se voi muodostaa hyvän argumentin todistustaakan jaolle, ”mutta myös sille, kuinka ankaraksi näyttökynnyks on asetettava.” Asettajana tässäkin kaiketi on siis käsittääkseni tuomari.⁵¹²

Cohen, joka on jäljempänä tarkemmin kuvatuilla perusteilla pitänyt matemaattisia todennäköisyysteorioita hyödyttöminä, on käsitellyt kynnyksen ad hoc -vaihtelun ideaa. Hän on huomauttanut, että jos vahingonkorvausjutun näyttökynnyks määritettäisiin normaalisti sen matemaattisen todennäköisyyden mukaan, että kantajan tulisi voittaa, tuntuisi oikeudenmukaisemmalta ajatella kynnyksen olevan esimerkiksi matemaattisen todennäköisyyden 0.8 tasolla.

”Näyttäisi reilulta järjestelyltä, jos korvaus olisi melko pieni kun kriittinen taso olisi juuri ja juuri saavutettu, ja suhteellisen suuri kun se olisi suuresti ylitetty. Mutta laki ei tunne sellaista järjestelyä. Joskus on katsottu, että tarvitaan erityisen korkea todennäköisyyden taso riitajutuissa, joissa on kysymys vakavasta moitittavuudesta ja, joissa ehkä väitetään petoksen tai aviorikoksen tapahtuneen. Mutta ei ole sääntöä, joka vaatii, että vahingonkorvaus onnistuneessa riitajutussa määrättäisiin

512 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 137. – Käsitellen alkuperäistodennäköisyyttä ja sitä, onko sellaista ylipäättään sallittua noteerata, tätä koskevassa jaksossa.

suuruudeltaan sen matemaattisen todennäköisyyden mukaan, että vastaajan tulisi voittaa.⁵¹³ Matemaattisella selitystavalla ihminen ilmeisesti menettäisi koko omaisuutensa, jos ne hänen olosuhteistaan, jotka olisivat näyttönä, olisivat omiaan sijoittamaan hänet jonkin kriittisen jakolinjan enemmistöpuolelle, vaikka hän oikeasti kuuluisi vähemmistöpuolelle.”⁵¹⁴

Mitä rikosjuttuihin tulee, Cohen toteaa, että vastaavasti niissäkään ei ole sääntöä, että todisteen voima tai vakuuttavuus tulisi määrätä rikoksen vakavuuden tai tuomitsemisesta aiheutuvien seurausten merkittävyyden mukaan.⁵¹⁵ On tunnettua, että juryt eivät ole onnistuneet tuomitsemaan, kun ne ovat ajatelleet, että seuraava rangaistus olisi ankarampi kuin sitä koskeva rikos. Mutta silloin on tapahtunut vain se, että heidän tuomionsa määrisivät heidän moraaliset omatuntonsa eivätkä heidän faktauskomuksensa.⁵¹⁶ Cohenin kanta on siis vastakkainen ajatukselle, että mitä vakavampi rikos, sitä korkeampi näyttökynnyksen on oltava.

Bernhard Gomard Tanskan osalta toteaa, että yleispätevästi ei voi sanoa, minkäasteinen näyttö riitajutuissa riittää, sillä näyttökynnys voi olla erilainen eri oikeustositseikkojen kohdalla ja eri yhteyksissä. Pelkkä todennäköisyyden vahvuus (sandsynlighedsovervægt) riittää joissakin tilanteissa, kun taas toisissa (ja useimmissa) tilanteissa edellytetään melko korkeata todennäköisyyttä. Ainoastaan yhtä tai muutamaa yleistä sääntöä ei voi asettaa. Rikosjutuissa kynnys on ikke rimelig tvil.⁵¹⁷

5.4.7 Hypoteesi: työnjakoa

Voidaanko sanoa, mikä on ”voimassa olevan oikeuden mukainen” näyttökynnyksen korkeus kussakin riita- ja rikosjutussa? Näin asetettu kysymys implikoi oletettaman, että on olemassa konvention perusteella yhtenäinen taso tai yhtenäisiä tasoja, joilla voidaan numeraalisesti tai sanallisesti kuvata asteiden tai vyöhykkeiden vaadittuja vahvuuksia intersubjektiivisesti. Ei ole lainkaan

513 Cohen luettelee eräitä (hyvin brittiläisiä) erikoistilanteita, joissa sellainen sääntö ei missään tapauksessa voisi tulla kysymykseen.

514 Cohen 1977, s. 77 – 78. Cohen huomauttaa alaviitteessä 2 s. 77, että kysymys on tässä ensisijaisesti awards of damages -tyyppisistä vahingonkorvauksista eikä kustannusten korvauksista (awards of costs). Cohenin huomautus voisi merkitä, että lisensiaattityössä esittämäni korkealentoinen ajatus vahingonkorvauksen määrästä esitetyn näytön vahvuuden funktiona voisi teoriassa vielä jäädä eloon – ainakin kun kysymys on genusesineitä kohdanneista tai ylipäätään mitattavissa (ja funktion toisella akselilla esitettävissä olevista) vahingoista. Mitä suurempi määrä tietokoneita näytetään varastetuksi, sitä suurempi korvaus.

515 Cohen 1977, s. 77 alaviite 2. Hän puhuu ”todisteen voimasta” tai ”vakuuttavuudesta”, mutta tarkoittaa selvästikin näyttökynnystä, siis voimalle tai vakuuttavuudelle asetettavaa vaatimusta.

516 Cohen 1977, s. 77 alaviite 2.

517 Gomard 1990, s. 417. Strandberg 2012 s. 99 – 100: näyttökynnys joustaa jutun mukaan.

selvää, että näin voidaan tehdä. Kyselytutkimuksia on tehty, niin valamiehille kuin tuomareillekin, myös suomalaisille tuomareille. Se, mitä kukin on lopulta ymmärtänyt prosenttiluvulla tai sanallisella ilmaisulla, jää kuitenkin viime kädessä epäselväksi eikä ainakaan todista yhteisen mittakepin olemassaoloa.

Lainsäätäjä on pitänyt tarpeellisenä antaa säännöksiä vaadittavan näytön tasosta yleisesti ja myös tietyissä erityislaatuissa jutuissa. Tämä on lähtökohta, jota tarkastelen seuraavassa jaksossa. Lähtökohtaiseksi hypoteesiksi voidaan asettaa lainsäätäjän toimivalta ja delegointi: lainsäätäjä antaa toisaalta yleisiä, toisaalta tarveharkinnan ja valinnan mukaan erityisiä juttutyyppisiä ja tilanteita koskevia säännöksiä. Tämä koskee sekä todistustaakkaa että näyttökynnystä.⁵¹⁸ Toisaalta lainsäätäjä on jättänyt kentän muuten avoimeksi oikeuskäytännölle: tuomioistuimien, viime kädessä prejudikaattituomioistuimien, muodostaa oikeuskäytäntöä, joka toistuuksaan saa pysyvyyttä. Tämäkin koskee sekä todistustaakan asettamista että näyttökynnyksen määrittämistä – ja ehkä todistusharkintateorian omaksumista käytäntöön. Lainsäätäjä voi tällöinkin puuttua asiaan, jos katsoo esimerkiksi yhteiskunnallisesti tärkeiden intressien vaativan sitä tai oikeuskäytännön olevan vinoutumassa. Ei esimerkiksi erehtyne paljon, jos olettaa, että övervikt-periaatteen soveltaminen dispositiivisissa riitajutuissa on meillä levinnyt melkoisessa määrin tilanteissa, joissa ei ole selkeää ja vahvaa todistustaakkasääntöä. Koska periaatteella on haittapuolia, tämä ei ole yksinomaan positiivista kehitystä. Vastakkainen esimerkki on beyond reasonable doubt- eli brd-standardin käyttöönotto myös meillä rikosjutuissa: sen käyttö alkoi oikeuskäytännössä suunnilleen vuosituhannen vaihduttua ja se kanonisoiitiin uudessa OK 17 luvussa.

Mitä erityisesti tulee teoreettiseen kysymykseen siitä, onko näyttökynnyksen asettaminen aiheellista lukea todistustaakan asettamisen vai todistusharkinnan piiriin, ”varhaisen” Ekelöfin näkemykset osoittavat hänen nähdäkseni selvästi olevan sillä kannalla, että kynnyksestä määrää lainsäätäjä. Johdonmukainen seuraus tästä kaikesta on lähteä siitä oletuksesta, että kynnyksen asettaminen on osa todistustaakan määrittämistä, ja nämä toimet kuuluvat lainsäätäjälle silloin, kun tämä ei ole erikseen delegoinut niitä lainkäyttäjälle. - Ehkä vähälle huomiolle tässä yhteydessä on jäänyt, että ekelöfiläinen idea kansalaisten käyttäytymisen ohjaamisesta ja lain ”läpilyömisestä” todistustaakkaa ja näyttökynnystä käyttäen on perustunut paljolti siihen tausta-ajatukseseen, että näitä työkaluja käyttäisivät tuomioistuimet esillä olevissa jutuissa. Luonnollisesti ”ohjaamista” voi suorittaa myös lainsäätäjä, mutta tällöin kysymys on säädöstasolla hyväksytystä normista.

518 Näyttökynnyksen osalta Jonkka 1991, s. 24 toteaa: ”Viimekätisenä pyrkimyksenä on tavoite pystyä edes karkeasti yleisesti ohjailemaan ja kontrolloimaan näyttökysymyksen ratkaisua. Lähinnä lainsäätäjän tehtäväksi jää kuvailla eri prosessuaalisiin toimintapiteisiin edellytettävän näytön vahvuus (näyttövaatimus) yleisillä käsitteillä ja lainkäyttäjän huolena on arvioida, onko teemasta esitetty näyttö riittävä.”

Yhteistä lähes kaikille tilanteille niin todistustaakan kuin näyttökynnyksenkin kohdalla on se, että jos on ollut olemassa lainsäätäjän *erikseen* antama adjektiivinen määre tai oikeuskäytännön *erityinen* ohjaus, se on merkinnyt poikkeamista perinteisistä fundamentaalisista perussäännöistä. Useimmiten alkuperäisen todistustaakan mukaisen näyttövelvollisen taakkaa on kevennetty tai taakka on säilytetty vastapuolelle, täytenä tai hänelle kevennettynä. – Toisin myös alkuperäistä näyttökynnystä on voitu nostaa ja siis näyttövaatimusta ankaroittaa. Esimerkki oikeuskäytännön luomasta hiljaisesta ankaroitumisesta on tilanne, jossa muun tieteenalan todistelumenetelmät mahdollistavat yhä varmemman todistelun: tällöin alkuperäisellä näyttövaatimuksella saattaa olla tendenssiä ankaroitua ja jäädä ankarammaksi. Esimerkkinä tällaisesta on isyysjuttujen todistelu veritutkimusten – eli frekvenssien – perusteella.

Liitän hypoteesiin oletuksen, että factfinder-tuomarilla ei ole yleistä toimivaltaa muutella näyttökynnystä *ad hoc* esillä olevan jutun tarpeita varten eli ”från mål till mål” poiketa annetuista normeista tai vakiintuneesta oikeuskäytännöstä. Tämä oletus merkitsee rajankäyntiä todistusharkinnan vapauden suuntaan; toisaalta todistusharkintaa ei ainakaan Suomessa liene miellettykään niin vapaaksi, että yleissääntönä yksi ja sama ratkaisija määrittäisi esitetyn näytön todistusarvon ja samalla päättäisi, mikä juuri esillä olevassa jutussa olisi sopiva kynnys – ottaen siinä vielä huomioon oma esitetyn näytön episteeminen arviointinsa.

Esimerkiksi Klamin ja Gränsin radikaali idea jutusta toiseen vaihtelevasta näyttökynnyksestä törmää väistämättä yhdenvertaisen kohtelun ja ennalta-arvattavuuden vaatimuksiin. Ideaa osittain⁵¹⁹ kannattaneen Jokelan mainitsema asianosaisten ”ennalta varautuminen” kuulostaa vaikealta: miten varautua ennalta sellaiseen, mistä ei aikaisemman käytännön perusteella tai muutoinkaan tiedä? Mielivallan ajatus saattaa tulla lähelle sellaiselle asianosaiselle, joka arvioi itseään kohdellun väärin eli eri tavoin kuin toisen samalta näyttävän jutun asianosaista. Voi luonnollisesti vierittää perusteluvelvollisuuden kontolle selittää erilainen, jutusta toiseen vaihteleva kohtelu, mutta jos lähtökohta on epärealistinen, on lopputuloskin epärealistinen.

Realistinen lähtökohtahypoteesi löytynee ääripäiden välimailta. Lainsäätäjän valta on tunnustettu. Lainsäätäjä on myös säätänyt vapaan todistusteorian voimaan ja tällöin asettanut sille puitteet. Sillä on valta rajoittaa ja laajentaa vapautta ja antaa raja-alueita tarkentavia säännöksiä. Sillä on siis valta alentaa ja nostaa kynnystä. Vallan muotoja lainsäätäjä myös käyttää tarpeen mukaan. Tämän hypoteesin mukaan tuomarin valta rajoittuu tilanteisiin, joissa jo todistustaakan asettamiskysymys tai ainakin näyttökynnyskysymys on epäselvä, toisin sanoen ei ole olemassa lain säännöstä – eikä vakiintunutta oikeuskäytäntöä.

519 Ymmärrän kuitenkin niin, ettei Jokela ole valmis menemään från mål till mål -vaihteluun, sillä hän tuo selkeästi esiin vakiintuneiden todistustaakkasääntöjen merkitystä.

5.5 Näyttökynnyksen korkeuden legaalista tai muuten vakiintuneista määrittelyistä

5.5.1 Johdantoa

Yleiset, jutun ”johtoaihetta” – korvausvelvollisuuden tuomitsemista, rikoksen syyksilukemista – koskevaa lähtökohtaista näyttökynnystä samoin kuin eräiden yksittäisten teemojen näyttökynnystä koskevat säännöt ovat syntyneet aikojen kuluessa. Kun aikanaan lähdettiin siitä, että ehdoton totuus voidaan saada selville ja painotettiin, että todistelussa on esitettävä täysi näyttö, kynnys oli stabiili eikä variointia juuri tarvittu. Tosin jo legaalisen todistusteorian soveltamisaikana tunnettiin vivahteita, ja esimerkiksi todistajien lukumäärää ja laatua koskevilla normeilla säänneltiin tosiasiallisesti näyttökynnyksen korkeutta. Vapaan todistusteorian aikana täyden näytön käsite on jäänyt yleensä syrjään.⁵²⁰ On ryhdytty kysymään pikemminkin niin, mikä on riittävä näyttö, ja lain tasolla tunnustettu näyttökynnyksen vaihtelevuus ainakin prosessin peruslaadun mukaan.

Lähtökohtaista näyttökynnystä koskevat säännöt ovat ankkuroituneet niin kulttuuritraditioihin kuin nykyään osittain ihmisoikeusajatteluunkin. Tyypillisiä ja oikeusjärjestelmille yhteisiä on esimerkiksi rikosprosessissa syyttäjälle asetettu suhteellisen tiukka näyttövelvollisuus, joka ilmaistaan common law -järjestelmissä termillä *beyond reasonable doubt* ja yhä enenevästi muuallakin tämän ilmaisun käänöksillä. Riita-asian puolella ”peruskynnyksen” kuvauksen traditio sirpaloituu jonkin verran enemmän. Common law -järjestelmissä pääasiallisesti vallitseva tapa on kuvata riitajutun alkuperäistä kynnystä sanomalla, että näyttövelvollisen on esitettävä näyttö, joka osoittaa seikan olemassaolon *todennäköisemmäksi kuin sen ei-olemassaolon* (preponderance of evidence) tai jonkin muun seikan, eli yli 50 prosentin todennäköisyyttä. Näiden väliin common law -järjestelmässä sijoittuu kynnys ’clear and convincing evidence’.⁵²¹ Preponderance of evidence -kynnykseen toisinaan samaistetaan hyvin tavallinen ilmaus, että teema on näytettävä toteen ’on balance of probabilities’ eli yli 50 prosentin todennäköisyydellä, toisinaan sen katsotaan olevan tätä korkeampi.

OK 17 luvun uudistamista valmistellut Todistelutoimikunta joutui ottamaan kantaa tuolloin 2010-luvun alkupuolella vallinneeseen tilanteeseen:

520 Tosin HD:n ratkaisuissa puhutaan edelleen täydestä näytöstä (full bevisning) lähtökohtaisena näyttövaatimuksena. Se tarkoittanee kuitenkin että tuossa tilanteessa edellytetty näyttökynnys on saavutettu, ei siis todennäköisyyssasteikon vahvinta astetta (ks. Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 300). Tosin useimmiten tuo riittävyden kynnys samalla kyllä on asteikon yleinen vaatimusaste ”styrkt”, jos täysi näyttö on saatu esitetyksi.

521 Bayles 1987, s. 59. Hän huomauttaa, että eräiden tietojen mukaan tuomarit ja juryt todellisuudessa katsovat preponderance of evidence kynnyksen tarkoittava 75 prosentin todennäköisyyttä ja beyond a reasonable doubt –kynnyksen tarkoittavan 85 prosentin todennäköisyyttä. ”This leaves little room for clear and convincing evidence”, Bayles toteaa.

” Riita-asioiden näyttökynnyksen voidaan nykyisin katsoa olevan alempi kuin rikosasioissa syyksilukevalta tuomiolta edellytettävä, mutta toisaalta korkeampi kuin todennäköiset syyt. Tätä näyttökynnystä sovellettaessa ratkaisun perustaksi asetetaan se seikka, josta on esitetty vahvempaa näyttö kuin sen vastakohtasta. Lakiin otettava uusi näyttökynnys ”riittävä näyttö” ilmaisisi jo nykyisin noudatettavan näyttökynnyksen. Näytöltä vaadittavaa vahvuutta ei siis olisi tarkoitus muuttaa nykyisestä.”

Tämä lausuma pitää epäilemättä paikkansa, mutta se on melko ”väljäkäyntinen” eikä sellaisena erityisen valaiseva. Jos lähdetään siitä, että rikosasian syyksilukevalta näytöltä edellytetään, että oikeustosisekasto eli tunnusmerkistö on näytetty toteen vähintään 95 prosentin todennäköisyydellä,⁵²² pelivaraa jää siis riita-asiain kynnykselle 45 prosentin verran. Todellisuudessa näin suurta pelivaraa ei liene; voidaan hyvin asettaa kyseenalaiseksi, onko sellaista edes määritettävissä.⁵²³

Toimikunnan kannanottoon kohdistettiin lausuntovaiheessa kritiikkiä. Suomen Tuomariliitto totesi, lausunnossaan,⁵²⁴ ettei sen tiedossa ollut tutkimuksia, joista voitaisiin päätellä, että oikeuskäytännössä vakiintuneesti noudatettaisiin jotakin normaalinäyttökynnystä. Lausunnossa viitattiin myös melko vanhoihin Klamin⁵²⁵ ja hänen tutkimusryhmänsä kyselytutkimuksiin, joissa ”näyttökynnyksilmaukset ymmärrettiin hyvin vaihtelevasti”. Lausunnossa pidettiin perusteltuna näkemystä, ettei siviiliprosessissa ole perusteltua puhua ”kaikki mahdolliset prosessit kattavasta kiinteästä näyttökynnyksestä”.

Rikosasian näyttökynnyksen sanallinen muotoilu ’ei varteenotettavaa epäilyä’ on meillä omaksuttu jo ainakin KKO:n ennakkopäätöksen 2002:47 jälkeen. Sen jälkeen sitä on käytetty vakiintuneesti. Yksimielisyys vallinne siitäkin, että tämä

522 Arvo tuntuu prima facie suurelta, mutta se tarkoittaa frekvenssinajattelun kannalta, että sataan tuomittuun sisältyy viisi syytöntä. Siihen kysymykseen, kuinka suuren erehtymisprosentin yhteiskunta tähän suuntaan sallii, ei tässä mennä; riittänee toteamus, että viimeistään tämä kysymyksenasettelu, siis prosenttifrekvenssien esilletuomana, osoittaa, että todistus oikeuteen liittyy poliittisia – vähintäänkin oikeus- ja yhteiskuntapoliittisia – näkökulmia. Ks. esim. Lausuntokooste 30/2013, s. 53 (Suomen Asianajajaliiton lausunnosta)..

523 Vrt. Lausuntokooste 30/2013 s. 60: Virolainen katsoo lausunnossaan, että ”käsite ’täysi näyttö’ tai ’korkeammanasteen todennäköisyysnäyttö’, jota aiemmin on pidetty oikeuskirjallisuudessa samoin kuin oikeuskäytännössä normaalina näyttökynnyksenä, sijaitsee mainitulla asteikolla kohtien ”todennäköinen” ja ”ilmeinen” välillä, mutta kuitenkin lähempänä viimeksi mainittua porrasta” Tämäkin lausuma jää nähdäkseni melko viitteelliseksi. Ehkä sen tausta on siinä, että Ruotsissa tavanomainen riita-asian kynnys ’styrkt’ sijaitsee juuri todennäköisen ja ilmeisen välissä. Mutta sijoitettaessa vaatimuksen piste joidenkin pisteiden väliin jää sivuun se tosiseikka, että portaat eivät ole yksittäisiä pisteitä vaan kuvaavat vyöhykkeiden raja-arvoja. Vaatimusta ei voine ylipäättään ilmoittaa kahden pisteen välimatkalla olevana, vaan yhtä alarajaa kuvaavana ilmaisuina, jos pidättäydytään siinä, että tasovaatimus on yleisesti sovellettava normi.

524 Lausuntokooste 30/2013, s. 55 – 56.

525 Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula 1988, s. 467 – 489, selostaa Oikeus ja kohtuus -projektissaan ruotsalaisilla ja suomalaisilla tuomareilla tekemiään kyselyitä esimerkiksi eri todennäköisyyden asteita kuvaavista adjektiiveista ja niiden tulkinnasta; ks. erityisesti s. 474 – 475. Vastausprosentit jäivät hyvin alhaisiksi, Ruotsissa 23 ja Suomessa hiukan tätä alempi (s. 472).

kynnys edellyttää huomattavasti vahvempaa tai ainakin vahvempaa näyttöä kuin riita-asioissa sovellettava kynnys. Tämä johtuu ensi sijassa siitä, että rikosasiassa syyttömän tuomitseminen pyritään torjumaan mahdollisimman tehokkaasti.⁵²⁶

Korkea näyttökynnys on kuitenkin omiaan johtamaan siihen, että juuri rikosasioiden oikeuskäytännössä on voimakkaammin ollut esillä kysymys konkreettisen kynnyksen vaihtelemisesta syytteessä olevan rikoksen törkeyden perusteella: ei tunnu järkevältä vaatia samanvahvuista näyttöä liikenne rikkomuksesta kuin henkirikoksesta. Toisaalta kysymyksenasettelu voi olla harhaanjohtava kahdesta syystä. Lievät rikkomustyyppiset teot ratkaistaan käytännössä summaarisesti ja useimmiten kirjallisesti, jolloin kovin perinpohjaista ja raskasta menettelyä ei käytetä edes esitutkintavaiheessa. Toiseksi, rikosoikeudellisesti vähäisen teon seuraamukset saattavat olla uhrille, tekijälle tai yhteiskunnalle raskaat, minkä vuoksi ei kysymys kynnyksen joustamisesta alaspäin tule edes ajateltavaksi. Toisinaan nämä jutut ovat laajoja kokonaisuuksia ja niihin liittyy esimerkiksi suuri vahingonkorvausvelvollisuus, mistä syystä rikos- ja riitakysymykset on erotettu käsiteltäviksi erillään. KKO on ennakkopäätöksessään 2011:58 ottanut kantaa tilanteeseen, jossa ratkaistavana on ollut rikosjutusta erotettu korvausvelvollisuus. Kysymys koskee rikostuomion todistusvaikutusta jälkimmäisessä prosessissa, ja esillä on juuri kynnysten erilaisuus.⁵²⁷

Toisaalta, mitä törkeämpi rikos on, sitä lähempänä voi olla ajatus näyttökynnyksen nostamisesta eli erityisen vahvan näytön vaatimisesta. Tämä puolestaan voi olla uhrin oikeusturvan vastaista. Niin KKO kuin HD:kin ovat eräissä tilanteissa, kuten seksuaalirikosten ja huumausainerikosten yhteydessä, kuitenkin nimenomaisesti saattaneet todeta, ettei näyttökynnys ole erilainen kuin yleensä.⁵²⁸

Vähäisten ja tavallista törkeämpien rikosten kohdalla todisteluun tähtäävä toiminta eroaa, kuten todettu, jo esitutkintavaiheessa. Kysymys on tuossa vaiheessa ja myöhemmin prosessissa näytön kattavuudesta eli robustiudesta.

Seuraavassa tarkastelen eräitä näyttökynnystä koskevia yleisnormeja, jotka lainsäätäjä on asettanut tai jotka ovat common law'n piirissä vakiintuneet ja sieltä osittain myös kulkeutuneet mannermaisten järjestelmien sovelluksiksi. Erityisnormit koskevat usein summaarisia menettelyjä, kuten pakkokeino- ja

526 Jos näyttökynnys olisi esimerkiksi 0.7, se tarkoittaisi sen sallimista, että frekvenssimatemaattisesti sadasta tuomitusta kolmekymmentä saisi olla todellisuudessa syyttömiä.

527 KKO lausui kohdassa 8 seuraavaa: "Sellaista näkemystä, jonka mukaan rikostuomion todistusvaikutus myöhemmässä riita-asiasa on yleensä erittäin vahva, voidaan pitää perusteltuna. Näyttötaakka rikosasioissa on syyttäjällä ja näyttökynnys niissä on riita-asioissa normaalisti edellytettyä korkeampi. Erityisesti vähäisissä rikosasioissa annettujen tuomioiden todistusvaikutusta voi kuitenkin olla syytä arvioida toisin. Tällaisissa asioissa syyttäjän rangaistusvaatimus voi menestyä yksinomaan vaaditun seuraamuksen vähäisyyden ja menettelyn summaarisuuden vuoksi. On myös selvää, että kunkin vastaajan tulee voida puolustautua omassa asiassa riippumatta siitä, miten ja millä näytöllä jokin ennakkokysymys on toista henkilöä koskeneessa asiassa ratkaistu. Kysymystä rikosasiassa annetun tuomion sitovuudesta muussa oikeudenkäyntimenettelyssä on siten perusteltua punnita tapauskohtaisesti." – Perustelu sisälsi siis myös vähäisiä rikoksia koskevan obiter-varauman.

528 Esimerkiksi KKO 2017:12 (kohta 7) sekä NJA 1982 s. 525 ja 2009 s. 447.

turvaamistomiasioita. Voinee sanoa, että nämä säännökset ja vakiintuneet kynnyskäytännöt edustavat tilanteita, joissa lainsäätäjä tai prejudikaattituomioistuin on rajoittanut yksittäisen tuomioistuimen vapautta, oli jälkimmäisen harkittavana oleva juttu sitten yleiseltä laadultaan tai jutun omien erityispiirteiden vuoksi poikkeava. Toisin sanoen: tuomioistuin ei voi muuttaa vangitsemiseen edellytettävää näyttökynnystä alemmaksi, vaikka se pitäisi sitä yleisesti liian korkeana, eikä se liioin voi mennä nostamaan rikosjutun syyksilukemiskynnystä, vaikka katsoisi, että jutun poikkeuksellisten piirteiden vuoksi olisi tarpeellista vapauttaa syytetty, vaikka varteenotettava epäily ei näytä jäävänkään.⁵²⁹ En kuitenkaan käsittele erityisnormeja yksityiskohtaisemmin.

Sen jälkeen tarkastelen prejudikatiivisia ratkaisuja näyttökynnuksesta. Merkillepantavia ovat eräät turvaamistomien ”sekamuodot”, joissa lainkäyttäjän on täsmentänyt lainsäätäjän työtä käytännön vaatimusten mukaisesti ja tämän asettamissa puitteissa pysyen.

5.5.2 Suomi

5.5.2.1 Yleissäännöksiä

Vuoden 1948 OK 17 luvussa ei vielä ollut varsinaista, todennäköisyyttä hyödynnettävää näyttökynnyksen määritelmää.⁵³⁰ Luvun 1 §:ssä olleen ilmaisun ”mitä on totena pidettävä” katsottiin tarkoittavan lähinnä ’täyttä’ näyttöä.⁵³¹ Sanaa näyttökynnys tuolloin ei käytetty oikeuskirjallisuudessa, vaan tultiin toimeen termillä täysi näyttö. Vuoden 2016 alusta voimaan tullessa, uudistetussa OK 17 luvussa⁵³² näyttökynnys niin riita-asiassa (2.2-4 §) kuin rikosasiassa (3.2 §) sai kriteerit. 2 § kuuluu seuraavasti:

” Riita-asiassa asianosaisen on näytettävä ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa tai vastustamisensa perustuu.

529 Lainkäyttäjällä on viimeksi mainitussa tilanteessa kyllä lainsäätäjän suomia keinoja päästä tilanteen edellyttämään lopputulokseen, kuten rangaistukseen tuomitsematta jättäminen. Common law’n piirissä vanha instituutio on ollut oikeus soveltaa equity-oikeutta. Equity-oikeudesta esimerkiksi Saunders 1977, s. 120. Niitä en käsittele tässä enempää.

530 Tosin Gräns 2003, s. 187 on katsonut, että niin vuoden 1948 OK 17:2.1:stä kuin RB 35:1:stäkin on ilmennyt ”subjektiivis-kognitiivinen näyttökynnysnormi” ja että samoista lainkohdista käy ilmi ”ns. objektiivis-normatiivinen näyttökynnys(normi)”. Edellisen mukaan tuomioistuin ei saa tuomita syytettyä rikoksesta, jollei se ole *vakuuttunut* siitä, että tämä todellisuudessa on syyllinen, ja jälkimmäisen mukaan näytön on oltava niin riittävä, että *järkevää epäilyä* syyllisyydestä ei jää jäljelle (kursivoinnit tässä JR).

531 Ks. esimerkiksi Tirkkonen 1972, s. 129 – 130. – Uuden OK 17:1.2:n mukaan tuomioistuimen on ”esitettyjä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä.”

532 L 732/2015.

Seikan asettaminen tuomion perustaksi edellyttää, että asianosainen on esittänyt siitä uskottavan näytön.

Jos yksityisoikeudellisen saatavan määrästä ei ole saatavissa uskottavaa näyttöä taikka se olisi saatavissa vain vaikeuksin tai asian laatuun nähden kohtuuttomilla kustannuksilla tai kohtuuttomalla vaivalla, tuomioistuin arvioi määrän.

Mitä 1 ja 2 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei todistustaakasta tai näytöltä vaadittavasta vahvuudesta laissa toisin säädetä tai asian laadusta muuta johdu. Mitä 3 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei laissa toisin säädetä.”

Uuden OK 17:2:n 3 momentissa puhutaan siis yleiskäsitteenomaisesti näytön vahvuudesta, ei esimerkiksi todennäköisyydestä.

Neljännän momentin ensimmäinen virke osoittaa myös lainsäätäjän osaltaan pidättämän toimivallan todistustaakan ja näyttökynnyksen määrittämisessä. Merkilläpantava⁵³³ on kuitenkin ilmaisu ”jollei ...asian laadusta muuta johdu”.

Vastaavasti rikosasioden todistustaakkaa ja näyttökynnystä määriteltiin 3 §:n 2 momentin yleissäännöksellä: ”Tuomion, jossa vastaaja tuomitaan syylliseksi, edellytyksenä on, ettei vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettavaa epäilyä.”

Samalla kun vaikeanäyttöistä korvausmäärää koskenut vanha 6 § sai uuden sisällön ja paikan 2 §:n perussäännöksen 3 momenttina, riita-asian näyttökynnyks sai siis kriteerin ’uskottava näyttö’, ja rikosasian kynnykseksi kodifioitiin jo oikeuskäytännössä sovellettu ja vakiintunut ilmaisu ’ei varteenotettavaa epäilyä’.⁵³⁴ Samoin todistustaakka ilmestyi OK 17 luvun sanastoon ja näyttökynnyksin kanonisoitiin ainakin esitöiden tasolla.

Lainmuutosta edelsi Todistelutoimikunnan perusteellinen valmistelu.⁵³⁵ Sen mietinnön pohjalta käytiin laaja lausuntokierros.⁵³⁶ Hallituksen esityksessä⁵³⁷ tapahtui vielä eräitä muutoksia, joista merkittävin todistusharkinnan kannalta oli toimikunnan esittämän yleisen näyttökynnyksen adjektiivin ”riittävä” (näyttö) korvaaminen adjektiivilla ”uskottava” (näyttö). Eduskuntakäsittelyssä⁵³⁸

533 Rautio – Frände 2016, s. 39 katsovat, että (todistustaakan vaatimuksesta poikkeamisen osalta sovellettavien kriteerien joukossa) näyttömahdollisuuksia koskevilla ”näkökohdilla on erityisasema”, joka aktualisoituu ”usein syysuhteiden todistamisessa.”

534 Oikeuskäytännössä oli sovellettu epäilyn tai epäilyksen kriteerinä ’varteenotettavan’ ohella yleisesti myös ’järkevää’. Sanojen merkityksellä on vivahde-ero, koska järkevä on käännös common law’n ilmaisusta reasonable (doubt) ja tarkoittaa tuomarin arvioinnin järkevyyttä, kohtuullisuutta, kun taas varteenotettavuus viittaa epäilyn tai epäilyksen relevanssiin todistettavan kohteen kannalta. Varteenotettavaa pidän parempana, koska se kohdistuu vain epäilykseen eli esimerkiksi vaihtoehtoiseen tapahtumainkulun huomioionottamisen painoarvoon; järkevyyttä taas vie ajatuksen myös tuomarin subjektiiviseen järkevyyteen; se on aina paikallaan, mutta sitä ei tässä liene tarkoitettu.

535 Todistelutoimikunnan 2012 mietintö luovutettiin oikeusministeriölle 9.11.2012.

536 Pääkohdat lausunnoista on koottu niteeseen Lausuntokooste 30/2013.

537 HE 46/2014.

538 LaVM 19/2014 ja EV 274/2014.

hallituksen esitykseen tehtiin vielä joitakin muutoksia, ei kuitenkaan nyt kysymyksessä olevilta osin; lakivaliokunta käsitteli kyllä melko laajasti riita-asian näyttökynnykseksi ehdotettua kriteeriä ”uskottava”. Lainmuutos tuli voimaan vuoden 2016 alusta.

5.5.2.2 Täydestä riittävään, riittävästä uskottavaan?

Riita-asiain näyttökynnyksen ja todistusharkinnan osalta toimikunta ehdotti 2 momentissa siirryttäväksi täyden näytön vaatimuksesta riittävään näyttöön. Vastaava ilmaisu olisi tullut 3 momentissa korvauksen arvioimiselle asetettuun edellytykseen. HE:ssä ”riittävä” oli kuitenkin korvattu molemmissa kohdissa sanalla ”uskottava”. HE:ssä perusteltiin uskottava-kriteerin käyttöä näyttökynnyksen kohdalla seuraavasti:

”Aiemmin riita-asioiden näyttökynnystä koskevasta ilmaisusta ”täysi näyttö” on sittemmin pääosin luovuttu, eikä sen tilalle ole tullut yhtä vakiintunutta ilmaisua. Pykälän 2 momentin mukaan seikan asettaminen tuomion perustaksi edellyttää, että asianosainen on esittänyt siitä uskottavan näytön. Ilmaisua ”uskottava” osoittaisi siis näyttökynnyksen korkeuden. Tämä näyttökynnys olisi pääsääntö, josta voitaisiin poiketa 4 momentissa osoitetulla tavalla.

Riita-asioiden näyttökynnyksen voidaan nykyisin katsoa olevan alempi kuin rikosasioissa syyksilukevalta tuomiolta edellytettävä, mutta toisaalta korkeampi kuin todennäköiset syyt. Näyttökynnystä on kuvattu oikeuskirjallisuudessa ilmaisulla ”jonkinlainen järkevä näyttöenemmyys” (Juha Lappalainen teoksessa *Dan Frände ym., Prosessioikeus*, 2012, s. 700). Lakiin otettava uusi näyttökynnys ”uskottava näyttö” ilmaisisi jo nykyisin noudatettavan näyttökynnyksen. Näytöltä vaadittavaa vahvuutta ei siis olisi tarkoitus muuttaa nykyisestä.”

HE:n mukaan⁵³⁹ rikosasian näyttökynnyksen uuden legaalitermin ”ei varteenotettavaa epäilyä” osalta todettiin, että vastaavaa ilmaisua käytetään Ruotsissa (utom rimligt tvivel) sekä Norjassa ja Tanskassa ja että se on alun perin Englannista (beyond reasonable doubt). Näyttövaatimuksesta rikosasioissakin on aiemmin käytetty ilmaisua ”täysi näyttö”, mutta oikeuskäytännössä on myöhemmin otettu käyttöön ilmaisu, ettei syyllisyydestä jää varteenotettavaa tai järkevää epäilyä, ja KKO on ennakkopäätöksestä 2002:47 lähtien ryhtynyt soveltamaan rikosasian näyttökynnyksenä ”varteenotettavaa epäilyä”. Samaa näyttökynnystä sovelletaan myös alemmissa oikeusasteissa. Siten nykyinen oikeuskäytäntö kirjattaisiin lakiin.

⁵³⁹ HE 46/2014 s. 47 – 48.

Eduskunnassa ei edellä mainittuihin sanamuotoihin tehty muutoksia. Perustuslakivaliokunnalla ei ollut erityistä lausuttavaa todistustaakasta, näyttökynnyksestä eikä todistusharkinnasta.⁵⁴⁰ Lakivaliokunta pohti näyttökynnyksen ”uskottavuutta” jonkin verran, samalla kun se viittasi jostakin syystä todistusharkinnan kaksijakoisuudesta esitettyihin käsityksiin.⁵⁴¹

”Esityksen mukaan oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevassa luvussa olisi säännös todistusharkinnasta ja siihen liittyen tunnustuksen ja asianosaisen käyttäytymisen merkityksestä todisteena. Todistustaakasta ja näyttökynnyksestä riita- ja rikosasioissa olisi yleissäännökset. ...

Ehdotetun 2 §:n 2 momentin pääsäännön mukaan kaikenlaisia riita-asioita koskee lähtökohtaisesti näyttökynnys ”uskottava näyttö”, mitä on perusteluissa (s. 46) selostettu siten, että kyseessä on ”jonkinasteinen järkevä näyttöenemmyys”. Ehdotetun 4 momentin mukaan sanotusta kuitenkin voidaan poiketa, jos laissa niin säädetään tai asian laadusta niin johtuu. Asian laatu viittaa asiatyyppiin, ja esimerkiksi tietyissä korvausasioissa voidaan tuomioistuinkäytännössä soveltaa alempaa näyttökynnystä.

Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on kehitelty erilaisia todistusharkintateorioita. Tällaisilla malleilla on päätöksentekoa yleisesti jäsentävä ja havainnollistava vaikutus. Lainsäädännössä ei kuitenkaan ole pyritty asettamaan yhtä todistusharkintamallia muiden edelle, vaan pyritty havainnollistamaan näyttökynnyksen korkeutta. Näyttökysymyksen ratkaisussa voidaan kuitenkin erottaa kaksi osaa. Ensinnäkin tuomarin tulee ottaa kantaa siihen, mikä on esitetyn todisteen näyttöarvo eli todistusvoima (todistusharkinta). Tuomarin on harkittava, miten vahvaa tukea todiste antaa sille, että todistettava asia on tapahtunut tai on totta. Toiseksi tuomarin on harkittava, antavatko todisteet niin vahvaa tukea todistettavalle asialle, että näyttökynnys ylittyy, jolloin asiantila otetaan tuomion pohjaksi (näytön riittävydestä päättäminen). Tällöin tuomari vertaa näytön todistusvoimaa edellytettyyn näyttökynnykseen. Käytännössä nämä kaksi kysymystä sulautuvat kokonaisuudeksi.

Ehdotetussa laissa näyttökynnykselle on pyritty antamaan kuvaava nimitys, mikä samalla valaisee näyttökynnyksen korkeutta eri asiaryhmissä. Lainvalmistelun aikana on pohdittu myös muita kuin nyt esitettyjä muotoiluja. Riita-asioissa näitä ovat olleet ainakin ”riittävä näyttö”, ”todennäköiset syyt”, ”vakuuttava näyttö” ja ”luotettava näyttö”. Lakivaliokunnan käsityksen mukaan näihin kaikkiin liittyy omat ongelmansa. Valiokunta korostaa hallituksen esityksen perusteluiden (s. 46/II) mukaisesti

540 PeVL39/14.

541 LaVM 19/2014.

sitä, että riita-asioissa ”uskottavan näytön” edellytyksellä ei ole tarkoitus muuttaa nykyistä käytäntöä vaan kuvata laissa näyttökynnys.”

Lakivaliokunta ei siis käynyt muuttamaan uskottavuus-kriteeriä, eikä toisaalta maininnut, mitä ovat ne ”omat ongelmat”, joita sen mielestä muihin termeihin – kuten näytön riittävyteen – liittyy.

Rikosasioiden näyttökynnyksen osalta lakivaliokunta tyytyi katsomaan perustelluksi ”käyttää ylimmän oikeusasteen omaksumaa muotoilua, kun mitään erityisiä vastasyitä ei ole tullut esiin. Ehdotettu 3 §:n 2 momentin kynnys ’ei varteenotettavaa epäilyä’ vastaa, mitä laajasti muissakin maissa käytetään.”

5.5.2.3 Omaa arviointia akselilla riittävyys/uskottavuus

Universaalisti riidatonta lienee, että riita-asioiden näyttökynnys on matalammalla kuin rikosasioiden kynnys. Näin asia oli meillä vuoden 1948 OK 17 luvun ollessa voimassa, eikä uusi OK 17 luku ole tarkoittanut tähän tuoda muutoksia.

Hallituksen esityksellä ei perusteluja riittävyden vaihtamiselle uskottavuudeksi ollut.⁵⁴² Ehkä niitä olisi ollut vaikea löytääkään, koska uskottavuus on todisteen, ennen kaikkea henkilönäytössä todistajan, henkilöön liittyvä seikka. Todiste voi kyllä olla uskottava, mutta uskottava näyttö ei kerro esitetyn näytön riittävydestä mitään. Sen paremmin mannermaalta kuin common law -käytännöstäkään ei taida löytyä näyttökynnyksen ilmaisua, joka asettaisi kynnyksen kriteeriksi näytön uskottavuuden.

Lappalaisen ilmaisun ”jonkinlainen järkevä näyttöenemmyys” en olisi suonut tulevan tämänasteisen muutoksen ainoaksi perusteluksi; myöskään Lappalainen ei käytä termiä uskottavuus. Näyttöenemmyys viittaa todennäköisyysarviointiin, joka on juuri riittävyden, ei uskottavuuden, mittari. Toisaalta näyttöenemmyydestä puhuminen on sikäli vaarallista, että se viittaa suoraan övervikt-periaatteeseen, jonka eräänä synonyyminä sitä voidaan pitää – ja jonka eräänä synonyymina myös Lappalainen sitä on käyttänyt. Edellä viitatuista esitöistä käy ilmi, että lainsäätäjän tarkoituksena ei missään tapauksessa ollut säätää övervikt-periaatetta johtavaksi näyttökynnyksen määrääjäksi.

Jos ajatellaan lakivaliokunnan mainitsemaa kahtiajakoa todisteen näyttöarvon määrääminen / näytön riittävydestä päättäminen, voi myös kysyä, eikö lakivaliokunnankaan toteama tapahtuma ”tuomari vertaa näytön todistusvoimaa edellytettyyn näyttökynnykseen” herätä ajatusta juuri *riittävyden* arvioinnista – koska juuri se on *näyttökynnykselle* tärkeää, ei yksittäisen todisteen näyttöarvon eli todistusvoiman määrääminen.

⁵⁴² Perustelujen puuttuminen hallituksen esityksestä näyttökynnyksen uudelta termiltä on sikälikin silmäänpistävää, että 3 momentin uudistusta korvauksen todistelusta perusteltiin laveasti. Korvauksen määrittämiseen tehty muutos on huomattava, mutta tärkeä on myös riita-asiain yleinen näyttökynnys.

HE:ssä korostetaan, että vallitsevaan oikeustilaan ei ole ollut tarkoitus tehdä muutoksia. Myös lakivaliokunta tarttuu tähän. Toisin sanoen HE:n kirjoittajan mukaan ”uskottava” on vanhankin lain mukaan ollut meillä näyttökynnyksen korkeutena, ei näytön riittävyys?

Uusi muotoilu ei ota huomioon sitä, että molempien asianosaistahojen väitteiden tueksi esittämä näyttö voi olla uskottava. Jos uskottavuus halutaan asettaa ratkaisevaksi kriteeriksi, rajapyykkinä olisi loogisempaa puhua uskottavammasta, ei pelkästään uskottavasta. Tämä ei ole pelkkää sanamagiasa, vaan käytännöllistä erottelua. Kysymys ei tällöinkään olisi kannanotosta övervikt-periaatteen yleisen soveltamisen hyväksi: uskomisen on eri asia kuin todennäköisemmän – tai painavamman – vaihtoehdon valinta.

Uskottavuus, suurempi tai pienempi, ei ole todennäköisyyden (eikä asteikon) termi. Asteikko on luotu kuvaamaan väitteen paikkansapitävyyden todennäköisyyttä tilastollisten tai sellaisiksi miellettyjen frekvenssien perusteella. Uskomisen, samoin kuin esimerkiksi saksalainen vakuuttuneisuus, Überzeugung, ovat psykologisperäisiä termejä ja korostavat ratkaisijan subjektiivista tilaa. Muotoilun niukkuus ei kerro edes välillisesti sitä, mitä todennäköisyyden astetta edellytään. Ainoaksi ohjenuoraksi jää siten toteamus, ettei olemassa olevaa ollut tarkoitus muuttaa ja siis ”jonkinlainen näyttöenemmyys” jäi voimaan.

Kritiikin vastapainoksi voidaan kuitenkin huomauttaa ensinnäkin siitä, että mahdollinen kynnyksen vaihtoehtoilmaisu ”riittävä näyttö” ei kerro vaadittavan näytön vahvuudesta mitään. Jos kysytään, mikä on riittävä näyttö esillä olevassa tilanteessa, vastaus olisi sen mukaan ”riittävä näyttö on riittävä näyttö”. Jos riittävyys olisi näyttökynnyksen asteen laatusana, asia voitaisiin sanoa myös muodossa ”näyttökynnys on näyttökynnys”. Toisin sanoen riittävyys kertoo, että näyttökynnys on olemassa (mikä tahansa ei kelpaa), mutta ei sitä, mikä se on. Toiseksi uskottavuus-kriteerin tueksi voidaan esittää, että sanalla on subjektiivisuudestaan huolimatta se mielestäni aika painava etu, että sen voi sanoa jollain tavoin vakiintuneen meillä näyttökriteerinä, tosin toisenlaisissa konteksteissa. Tarkoitin näytön uskottavuutta kriteerinä hovioikeuden velvollisuudelle toimittaa pääkäsittely. Samantyyppisen roolin uskottavuudella voi nähdä olevan eräänä hovioikeuden jatkokäsittelyluvan kriteerinä, vaikka OK ei siinä yhteydessä käytä suorasanaisesti tätä termiä.⁵⁴³ Mielestäni näiden kontekstien ”kohtalonyhteys” ei ole kaukaa haettu. Yhteistä on myös se, että noissa tilanteissa on suoritettava eräänlainen mini-todistusharkinta. Käsittelen niitä tältä kannalta tarkemmin niiden omassa jaksossa.

543 OK 25:11.2:n mukaan kriteerinä jatkokäsittelyluvan myönnölle yksin näytön uudelleen arvioimista varten on, ettei ”käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta ole perusteltua aihetta epäillä”. Verrattuna pykälän 1 momentin 1 kohtaan (”aihetta epäillä”) kynnystä näyttöperusteen kohdalla on haluttu korottaa. Skeptisesti voi kuitenkin kysyä, onko tässä kysymys eräänlaisesta sanamagiasta. Myös 1 momentin 1 kohdan ”aiheen epäillä” on oltava perusteltu – vastakohtaa ei käy olettaminen. Kuitenkin selittäisin perustelluisuuden aste-erot juuri uskottavuuden aste-eroina, niin ”ilmassa” kuin asteet ovatkin.

5.5.2.4 Korvausvaatimuksen erityissääntelystä (VOK 17:6, OK 17:2.3)

Aikaisemmin vain vahingonkorvauksen määrän arviointia koskeneen VOK 17:6:n korvannutta 2 §:n 3 momenttia⁵⁴⁴ perusteltiin hallituksen esityksessä laajasti.⁵⁴⁵

”Pykälän 3 momentti vastaisi osittain voimassa olevaa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:ää, jonka mukaan tuomioistuim voi arvioida kohtuuden mukaan vahingon määrän, vaikka siitä ei ole näyttöä saatavissa tai se on vain vaikeuksien esitettävissä.”

”Säännöksen nojalla tuomioistuim voisi arvioida saatavan määrän, vaikka siitä ei ole esitetty näyttöä lainkaan tai, vaikka jotain näyttöä on esitetty, se ei ole tarpeeksi vahvaa näyttökynnyksen ylittämiseen. Sääntelyn tarkoituksena on estää se epäoikeudenmukaisena pidettävä tilanne, että saatavan perusteista on esitetty uskottava näyttö ja että maksuvelvollisuus on sinänsä kiistaton, mutta kanne joudutaan hylkäämään, koska määrästä ei ole riittävän vahvaa näyttöä.

Säännös koskisi vahingon määrän lisäksi soveltamisalaa laajentaen myös muita yksityisoikeudellisia saatavia. Säännös voisi tulla sovellettavaksi esimerkiksi tavaran virheestä johtuvan kauppahinnan alentamisen määrää arvioitaessa, toisen omaisuuden rankaisemattomasta mutta luvattomasta käyttämisestä aiheutuvan perusteettoman edun määrää harkittaessa ja arvionvaraisen sopimussakon määrää harkittaessa, kun sopimussakon määrä on kytketty tuotantovälineen myöhästyneen toimituksen johdosta saamatta jääneen liikevaihdon määrän. Koska momentti koskee saatavia, se soveltuu vain rahamäärien arvioimiseen.

Momentti koskisi myös rikoksen perustuvan vahingonkorvauksen ja muun yksityisoikeudellisen saatavan määrää. Säännös ei koskisi rikokseen perustuvia julkisoikeudellisia seuraamuksia, vaan näiden arvioimisesta on tarvittaessa säädettävä erikseen. Rikoslain 10 luvun 2 §:n 2 momentin mukaan rikoshyödyn määrä voidaan arvioida ottaen huomioon rikoksen laatu, rikollisen toiminnan laajuus ja muut olosuhteet, jos hyödyn määrästä ei ole saatavissa selvitystä tai se on vain vaikeuksien esitettävissä. Päiväsakon rahamäärän vahvistamisesta on rikoslain 2 a luvun 2 §:ssä ja sen nojalla annetussa asetuksessa tarkemmat säännökset.

Säännös ei muuttaisi sitä lähtökohtaa, että asianosaisen on esitettävä saatavissa oleva näyttö ja että saatavan määrästä on esitettävä uskottava näyttö. Esimerkiksi

544 ”Jos yksityisoikeudellisen saatavan määrästä ei ole saatavissa uskottavaa näyttöä taikka se olisi saatavissa vain vaikeuksien tai asian laatuun nähden kohtuuttomilla kustannuksilla tai kohtuuttomalla vaivalla, tuomioistuim arvioi määrän.”

545 HE 46/2014, s. 46 – 47. Vrt. Todistelutoimikunta 69/2012, s. 72 – 73 ja 287.

tavanomaisissa irtaimen kauppaa, palvelua tai vuokraa koskevissa asioissa ei joitain todennäköisesti harvinaisia poikkeustapauksia lukuun ottamatta ole aihetta poiketa pääsäännöstä, koska määrä on jo ennen riidan syntymistä tiedossa.

Momenttia voidaan soveltaa ensinnäkin silloin, kun määrästä ei ylipäättään voida esittää näyttöä. Esimerkiksi kipua ja särkyä ei voida objektiivisilla mittapuilla mitata rahassa, vaan asia on viime kädessä tuomioistuimen ratkaistava.

Toiseksi tilanne voi olla se, että jotain suuntaa antavaa näyttöä voidaan kyllä esittää, mutta sen perusteella ei voida tarkkaa rahamäärää arvioida. Tällainen tilanne voi olla käsillä silloin, kun tuotantovälineen toimituksen viivästyksen johdosta tuotetta ei ole saatu markkinoille, mutta käytännössä ei olisi realistista vaatia näyttöä siitä, kuinka monta tuotetta jäi viivästyksen vuoksi myymättä.

Kolmanneksi momentti soveltuu silloin, kun asian laatuun nähden riittävän näytön esittäminen olisi asian laatuun nähden kohtuuttoman kallista tai vaivalloista. Asian laadulla viitataan erityisesti asian laajuuteen ja riidan intressiin. Laajassa ja vaikeassa asiassa voidaan perustellusti edellyttää kattavan näytön esittämistä, joten esimerkiksi joidenkin lisätodistajien kuulemisesta aiheutuvaa haittaa ei voida pitää kohtuuttomana. Toisaalta jos määrää koskevasta todistelusta aiheutuisi riidan kohteen arvoon nähden huomattavan suuret tai intressiltään vähäisessä asiassa jopa moninkertaiset kustannukset, momentti saattaa soveltua. Vertailu on tehtävä tapauskohtaisesti.

Toisin kuin voimassa olevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n osalta on asianlaita, momentissa ei säädettäisi kohtuuden mukaan arvioinnista. Tarkoitus on, että tuomioistuimen on esitetyn aineiston perusteella harkittava, mikä on objektiivisesti perustelluin lopputulos. Kohtuuden mukaan arviointi voi johtaa siihen, ettei valita perustelluinta lopputulosta vaan tyydytään vahvistamaan määrä, joka saatavalta vähintään on. Myöskään edellä mainitussa rikoshyödyn arviointia koskevassa säännöksessä ei ole mukana kohtuuselementtiä. On johdonmukaista, että toisaalta rikoksen tuottaman hyödyn määrää ja sitä vastaavaa vahingon määrää arvioidaan samojen mittapuiden mukaisesti. ”

Perustelujen johdosta voi huomauttaa, että esimerkiksi kivusta ja särystä kyllä voidaan esittää ja esitetäänkin näyttöä, kuten lääkärinlausuntoja, mutta näyttö ei ole niin eksaktia kuin konkreettisesta seikasta, vaan pikemminkin ”suuntaa-antavaa”. Lisäksi korvauksen määrittämistä auttavat suositukset,⁵⁴⁶ jotka ovat

⁵⁴⁶ Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suositukset sekä liikennevahinkojen osalta Liikennevahinkolautakunnan normit ja ohjeet.

samalla yhtenäistämiseen tähtääviä ohjenuoria. Uusi muotoilu ei tuone helpotusta tilanteisiin, jossa esimerkiksi kiinteistökauppariidassa hinnanalennusvaade perustetaan lukuisiin, hankalanäyttöisiin mutta konkreettisiin ja sellaisina täysin näytettävissä oleviin seikkoihin.

Käsittääkseni tilanne on todistelun kannalta tullut vaikeammaksi, kun määrästä saatavissa olevan näytön lisäkritteriksi on asetettu *'uskottava'* – sana jolla hallituksen esitykseen oli tähänkin kohtaan korvattu Todistelutoimikunnan ehdottama yleisen näyttökynnyssäännöksen ilmaus *'riittävä'*. Jos riittävyysarvioimisen ajankohta on epämääräinen, vielä hankalampi on tietää, mitä uskottavuudella 3 momentissa tarkoitetaan. Miten voidaan arvioida ei-uskottavaksi jokin näyttö, jota ei ole koskaan esitetty?

Samalla tuomioistuimelta poistui se määrän materiaallisen arvioinnin ohjenuora (kohtuus), jonka vanhempi säännös tarjosi. Esitöiden perustelu pyrkimisestä objektiiviseen lopputulokseen ei vakuuta tilanteessa, jossa *ei* ole kiintopistettä, millä 'objektiivisuutta' voitaisiin esitetyn aineiston perusteella arvioida. Jos taas objektiivinen kiintopiste määrälle on esitetyn aineiston perusteella löydettävissä, ei koko lainkohtaa tule soveltaa?⁵⁴⁷

5.5.2.5 Rikosasiat: ei varteenotettavaa epäilyä eli beyond reasonable doubt

Lainsäätäjä on legalisoinut ei varteenotettavaa epäilyä -kynnyksen uudessa OK 17:3.2:ssa.⁵⁴⁸ KKO oli käyttänyt ilmaisua jo Silja Serenade-ennakkopäätöksessä KKO 2002:47.⁵⁴⁹ Tätä ennakkopäätöstä käsittelen laajemmin jäljempänä, mutta

547 Vrt. RB 35:5: "Om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp. Så får också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp. *Lag (1988:6)*. Siitä Heuman 2018, s. 276–277. Hän arvioi ratkaisua NJA 2017 s. 9 ja katsoo HD:n edellyttävän, että asianosaisen on voitava näyttää ne tekijät, jotka ovat ratkaisevia kohtuullisarvioinnin suorittamiseksi, ei sen sijaan itse kohtuullisuuden olemassaoloa oikeuskysymyksenä.

548 Lainsäätäjä omaksui sanan epäily eikä aikaisemmin toisinaan käytettyä sanaa epäily. Tarkempia perusteluja sanavalinnalle en ole havainnut. Merkitys ei ole aivan sama (vrt. "minulla on vahva epäilyks siitä, että..."; "tämä poisti kaikki epäilykset" Esimerkiksi tekstissä viitatussa jutussa KKO 2002:47 KO oli käyttänyt ilmaisua "... X:n syyllisyydestä jää järkevä epäily. Asiassa ei siten ole luotettavasti selvitetty, että X olisi syyllistynyt siihen tappoon, josta hänelle on vaadittu rangaistusta" ja HO taas "Näin ollen X:n syyllisyydestä ei jää D:n esitutkintakertomukset ja I:n todistajankertomus huomioon ottaen järkevää epäilyästä." Myös KKO:n esittelijä käyttää epäilyä, KKO taas epäilyä. – Sen sijaan sanan reasonable käännoksenä aikaisemmin toisinaan – kuten tässä KO:ssa ja HO:ssa – käytetty sana 'järkevä' ja samoin joskus käytetty adjektiivi 'perusteltu' näytettävät jääneen vaille kannatusta. Epäilyksen järkevyys kuvaa sitä, että mikä tahansa mitätön epävarmuus ei estä näytetyksi katsomista (eli prosessuaalinen totuus riittää, muuhun ei päästä), kun taas varteenotettavuus saattaa sallia jo hiukan suuremman epävarmuuden?

549 Jutussa oli kysymys vuonna 1993 eli useita vuosia aikaisemmin sattuneesta kuolemantapauksesta. Henkilö oli hukkunut pudottuaan laivalta mereen. Syytteen mukaan vastaaja oli työntänyt hänet alas. Vastaaja kiisti olleensa edes merimatalla mukana. Näyttöä esitettiin sekä syytteen tueksi että sitä vastaan. Helsingin KO 19.7.1999 hylkäsi syytteen katsoen vastaanäytön olleen niin painavaa, että syyllisyydestä jäi järkevä epäily. Helsingin HO 20.11.2000 sen sijaan luki rikoksen vastaajan syyksi. Korkein oikeus perusteli ratkaisun yksityiskohtaisesti uudelleen, mutta ei muuttanut sen lopputulosta. KKO:n perustelujen lopputulos ilmaistiin käyttämällä ei varteenotettavaa epäilyä -kynnystä.

tässä yhteydessä voi panna merkille jutun esittelijän mietinnöstä kaksi seikkaa. Ensinnäkin mietintö osoittaa, että tuossa tilanteessa KKO oli tietoinen siitä, että se oli asettamassa näyttökynnystä oikeuskäytännölle tulevaisuutta varten – olkoonkin että sekä KO että HO olivat jo käyttäneet samantyyppistä ilmaisua, toinen syytteen hylkäämiseen, toinen sen hyväksymiseen. Toiseksi, mietinnössä lähdetään selkeästi periaatteesta: mitä vakavampi rikos, sitä korkeampi näyttökynnys. Esittelijä lausui näin:

”Asiassa on kysymys näytön arvioinnista, erityisesti todistusharkinnasta ja tuomitsemiskynnyksen asettamisesta. Rikoksesta tuomitsemiseen ei riitä pelkkä syyllisyyden mahdollisuus, eikä edes sen todennäköisyys, vaan langettavan tuomion antaminen edellyttää, ettei vastaajan syyllisyydestä ole jäänyt järkevää epäilyä. X:n valitus huomioon ottaen tilanne Korkeimmassa oikeudessa on pelkistetyksi se, että mikäli Y:n joutumisesta laivalla rikoksen uhriksi ja X:n osallistumisesta laivamatkalle ei jää järkevää epäilyä, syytä hovioikeuden tuomion lopputuloksen muuttamiseen ei ole.”

”Näytön riittävyuden arviointia ohjaava yleinen pääperiaate on, että mitä vakavam-
masta rikoksesta on kysymys sitä vakuuttavampaan ja myös laveampaan näyttöön
langettava tuomio on voitava perustaa. Harkittaessa sitä, kuinka laveaa näyttöä tie-
tyssä yksittäisessä rikosasiassa on perusteltua vaatia, ei ole yleensä lähdettävä siitä,
millaista näyttöä kyseisessä asiassa syytteen tueksi on onnistuttu hankkimaan vaan
siitä, millaista näyttöä vastaavanlaisessa asiassa ylipäätään olisi mahdollista saada.”

Nähdäkseni mietinnöstä käy ilmi näkemys, että ei varteenotettavaa epäilyä -kynnys ja sen osana epäily ja sen vahvuus (”varteenotettavuus”, järkevyy”) eivät olisi stabiileita, vaan vaihtelisivat – ainakin juttutyypeittäin sen mukaan, miten suurista ”panoksista” tuomitsemisen ja hylkäämisen kohdalla on kysymys. Tämän lisäksi mietinnössä on, mielestäni *kurz und gut*, tuotu esiin näytön robustiuden vaatimuksen kasvaminen rikoksen vakavuuden kasvaessa (”...myös laveampaan...”).

Legalisoimalla brd-kynnyksen Suomi siirtyi lopullisesti melkein globaaliseen ”yhteisöön”, joka soveltaa tätä rikosjutun kynnystä. Käytännössä tulee kuitenkin esiin, ettei tämä ilmaisu ole näyttökynnys aivan samassa merkityksessä kuin käytettäessä kynnyksen ilmaisuna todennäköisyyden tai näytön vahvuuden asteita, esimerkiksi sanottaessa, että kynnys edellyttää ’ilmeistä’ todennäköisyyttä. Sama koskee numeraalista ilmaisua: voidaan sanoa, että seikka on näytettävä toteen 0.75:n todennäköisyydellä, mutta samaa ei voida ilmaista ei varteenotettavaa epäilyä -kriteerillä. Lisäksi näyttäisi siltä, että ei varteenotettavaa epäilyä -kriteeri koskee lähinnä koko syytteen todistamisen lopputulosta, ei niinkään yksittäisen seikan. Tosin oikeuskirjallisuus osoittaa, ettei atomistisellekaan käytölle ole estettä.

Rikosasian kynnynksen ilmaisulle on kuitenkin oikeuskirjallisuudessa jo vanhastaan pohdittu vastinetta todennäköisyysasteikolla. Hyvinkin erilaisia arvoja on historiassa esitetty. Niille on ollut yhteisenä piirteenä kysymys, miten suurta väärän syyksilukevan tuomion marginaalia voidaan pitää yhteiskunnallisesti ja eettisesti sallittavana.⁵⁵⁰ Yleispätevä lähtökohta on kuitenkin ollut, että kynnys on korkeampi kuin riita-asiain kynnys. Kysymys on punninnasta etiikan ja yhteiskunnan edun kannalta: liian alhainen kynnys sallii enemmän vääriä syyksilukevia tuomioita, liian korkea kynnys enemmän vääriä vapauttavia tuomioita. Vaihtoehtoiset luonnehdinnat ulottuvat ehkä 0.99:stä 0.7:ään, mutta tavallisimmat lienevät 0.9:n piirissä. Tämä tuntuu korkealta, mutta ei sitä ole, kun tiedetään, että 0.9:n kynnnyksellä kymmenestä rikostuomiosta yksi saattaisi olla aina virheellinen. Jos kynnys olisi niinkin tiukka kuin 0.95, se merkitsisi, että sadasta tuomitusta viisi saattaisi saada väärän tuomion.

Selvänä poikkeuksena edellä sanottuun on kuitenkin syytetyn tahallisuus. RL 3:6:n mukaan tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä; seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti. Dolus eventualis edellyttää siten pelkästään sitä, että tekijä oli pitänyt seurausta varsin todennäköisenä. ”Pitämisen” todennäköisyyden tulee siis näyttää olleen suurempi kuin 0.5.⁵⁵¹ Sama todennäköisyysvaatimus koskee lähtökohtaisesti myös olosuhdetahallisuutta.⁵⁵²

Jo tässä yhteydessä voi huomauttaa siitä Cohenin näkemyksestä, että materiaattisen ajattelutavan sijasta todellinen kynnynksen ratkaisija löytyy muualta. Hänen mukaansa se on factfinderin todistusharkintaa kalvava kysymys, että yksi tai useampi osatekijä ei ole kunnossa, toisin sanoen että näyttöön on jäänyt jokin tai joitakin arveluttavia seikkoja. Juuri tätä ongelmakohtaa tarkoittaa kynnys beyond reasonable doubt.

550 Laudan 2006, s. 63 luettelee historiassa esitetyistä kuusi erilaista väärän vapauttamisen ja väärän syyksilukemisen suhdelukua rikosjutussa, suhteesta 1:2 suhteeseen 1:1000. Ho 2008, s. 183 mainitsee 1700-luvun Englannista Carlisen arkkiadiakonin Paleyn ohjauksesta jurylle: ”The security of civil life ... is protected chiefly by a dread of punishment. The misfortune of an individual [to be wrongly convicted] cannot be placed in competition with this object... [W]hen certain rules of adjudication must be pursued... in order to reach the crimes with which the public are infested; courts of justice should not be deterred from the application of these rules, by every suspicion of danger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather to reflect, that he, who falls by a mistaken sentence, may be considered as falling for his country.” Kuten Ho:n esityksestä ilmenee, tämä ei jäänyt vaille ankaria vastalauseita.

551 Syynä alempaan todennäköisyysvaatimukseen on luonnollisesti vaikeus tai ehkä mahdottomuus näyttää varmuudella tekijän henkinen suhtautuminen tekoonsa. – Tahallisuuden näyttämisestä Ulväng 2011, s. 465 – 477 ja JT 2011 – 2012 s. 561 – 562; Vihriälä 2012, s. 143 alaviite 707 ja s.158 – 163. RL 3:6:n esitöistä, joissa viitattiin myös KKO:n jo vakiintuneeseen kielenkäyttöön, ks. HE 44/2002 vp s. 84 – 88 (”varsin todennäköinen” vastaa yli 50 prosentin todennäköisyyttä, s. 84) ja LaVM 28/2002 vp s. 9 – 10.

552 KKO 2013:17 kohdat 27 – 34.

5.5.2.6 Stabiili kynnyks ja vaikeanäyttöiset seksuaali- ja huumejutut

Käytännössä rikosjutuista vaikeimmin näytettäviksi ovat osoittautuneet seksuaali- ja huumejutut.⁵⁵³ Tämä on ymmärrettävää rikosten luonteen ja tekotavan perusteella. Merkillepantavaa on kuitenkin, että sekä KKO että HD ovat tuoneet esiin, että näyttökynnyks on vaikeuksista huolimatta sama kuin muissakin rikosjutuissa. Niinpä KKO on todennut ennakkopäätöksessä 2017:12 kohdassa 7:⁵⁵⁴

”Selvää on, ettei näyttökynnyks huumausainerikoksissa saa olla alempi kuin muissa rikoksissa, vaikka välittömän ja yksiselitteisen näytön hankkiminen on niissä usein vaikeaa.”

Toisin kuin aikaisemmin, KKO ei siis sano ”muissa yhtä vakavissa rikoksissa”, vaan katsoo kaikkien rikosten olevan tässä suhteessa samalla viivalla. Lisäksi voi panna merkille, että lauseessa kartoitetaan kynnyksen sijaintia asteikolla ”alaspäin”, ei ankarampaan suuntaan, vaikka kysymys voi olla hyvinkin törkeästä rikoslajista.

HD on lausunut jutussa NJA 2009 s. 447: ”För en fällande dom i ett mål om sexualbrott krävs liksom i brottmål i övrigt att domstolen genom den utredning som förebringats i målet finner det ha blivit ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade har gjort sig skyldig till vad som lagts honom till last.” HD lausuu jutussa NJA 1982 s. 525: ”Vid prövningen av frågan, om M.T. gjort sig skyldig till vad som nu lagts honom till last, måste kraven på den föreliggande bevisningens styrka - utan avseende på de speciella bevisvärigheter som erfarenhetsmässigt ofta föreligger i mål om ansvar för grov narkotikabrottslighet - ställas lika högt som när det gäller ansvar för annan grov brottslighet.”⁵⁵⁵

5.5.3 Ruotsin näyttökynnyksistä

RB 35: 1:ssä ei ole lainkaan yleistä todistustaakkasääntöä,⁵⁵⁶ eikä siten näyttökynnyksmäärittäytäkään. Bolding on pitänyt tätä hyvänä asiana: ”Kaikkien laajempien tämänkaltaisten yleistysten täytyy väistämättä johtaa tiettyihin vähemmän suotuisiin tuloksiin, ja voidaan sanoa olevan hyvin perusteltua, että on luovuttu ajatuksesta ottaa RB:iin yleinen todistustaakkaongelmaa koskeva sääntö.”⁵⁵⁷

553 Jonkka 1992, s. 118 – 119.

554 Kohdalle 7 antaa erityistä pontta se, että se on ensimmäisiä prejudikaatteja, jossa sovelletaan uutta OK 17 lukua. Kohdan 7 otsikkona onkin ”Näytön harkinnan lähtökohdista”. Se kertoo useita muitakin todistusharkinnassa sovellettuja periaatteita, kuten atomistista ja holistista tarkastelutapaa.

555 Diesen 1994, s. 85 alaviitteessa 18 tulkitsee tätä näin: ”...vilket skulle kunna tolkas så att beviskravet kan vara lägre för mindre grova brott”.

556 Ekelöf 1947, s. 8 – 9.

557 Bolding 1951, s. 92. Toista näkemystä oli Boldingin mukaan kehitellyt Kallenberg SvJT 1940 s. 506 ff. Bolding viittaa Suomen 1948 OK:hon, jossa ”on säilytetty yksi todistustaakkasääntö, joka vastaa vanhaa (GRB) 17:33:a. ”Vähemmän suotuisten tulosten” kohdalla Bolding viittaa sivua mainitsematta Olivecronaan 1930, jossa tämä ”esittää yleiskatsauksen useista todistustaakkateorioista ja tuo esiin vahvoja perusteita sille, ettei

HD käyttää dispositiivisissa riita-asioissa näyttökynnystä ”styrkt”. Diesen arvioi tämän ehkä vastaavan common law’n kynnystä clear and convincing evidence”.⁵⁵⁸ Tämä kynnys on nähdäkseni korotettu, kun common law’n tavalisin riita-asioden kynnys on bop, joka lähinnä vastaa övervikt-kynnystä. Toisaalta Diesen katsookin ruotsalaisen kynnyksen dispositiivisissa riita-asioissa olevan ”mellan övervikt och ’styrkt’”⁵⁵⁹ Näiden kynnysten välinen ero on kuitenkin merkittävä.⁵⁶⁰

Kuten Diesen huomauttaa, clear and convincing evidence on kuitenkin korkeampi kuin common law’n riita-asioden normaalikynnys bop eli balance of probabilities, joka lähinnä vastaa övervikt-kynnystä ja jota vastaava overvekt-kynnys on standardikynnys Norjassa. Hän selittää ruotsalaisen kynnyksen korkeuseron näennäiseksi: lähtökohta bop-kynnyksessä olisi tämän mukaan ”täysi varmuus” eli ”todellisuus”⁵⁶¹ ja ruotsalaisessa mallissa kysymys olisi kysymys asianosaisten esittämän näytön keskinäisestä vertailusta (partsrelaterad jämförelse).⁵⁶² Edellisessä on merkittävästi vaikeampaa päästä näytön vahvemuuteen kuin jälkimmäisessä: ”I det senare fallet beror ju utgången framför allt på vad motparten kan åstadkomma i bevishändelse medan den i det förra hänger på hur bra bild bevisen ger av verkligheten.” Kun referenssipuitteet ovat erilaiset, *näytön vahvemuus ei USA:ssa ja Englannissa tarkoita lainkaan samaa kuin kuin mitä Ruotsin HD överviktillå tarkoittaa*, Diesen tiivistää.⁵⁶³

Rikosasioissa HD käyttää yleistä ”ställt utom rimligt tvivel” -kynnystä. Alemmat oikeudet seuraavat tätä Dahlmanin mukaan ”tottelevaisesti”.⁵⁶⁴

yleisiä periaatteita tule asettaa”. Boldingin viittaus tarkoittanee suosituksen osalta ainakin Olivecronan teoksen sivuja 159 – 161. Olivecrona katsoo, että soveltaessaan laissa jo olevia ja oikeuskäytännön kehittämää todistustaakkasääntöjä ja kehittäessään sellaisia edelleen tuomarın on etsittävä ohje lainkäytön yleisistä periaatteista, eikä sellaisista näennäisperiaatteista kuin että kantajan on näytettävä toteen (styrka) oikeutensa, että kummankin asianosaisten on näytettävä toteen vetoamansa oikeuslauseen edellytykset tai että on yritettävä saada aineellinen oikeus toteutumaan suurimmalla mahdollisella todennäköisyydellä. On siis lähdettävä niistä intresseistä, jotka ovat erityisten instituutioiden taustalla. Todistustaakkasäännöt on muotoiltava ja niitä on sovellettava tavalla, joka on tarpeen näiden intressien huomioon ottamiseksi.” – Bolding 1951, s. 101 mainitsee myös arvelustaan, että lainvalmistelija oli RB:n kohdalla omaksunut sen kannan, että todistustaakkaongelmaa ei yleisesti katsoen tulisi ottaa lainsäädännön kohteeksi.

558 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 331. Hän huomauttaa kyllä vertailun vaikeudesta; s. 311 ja alaviite 42.

559 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 332. Hän selostaa s. 332 – 333 teorian kolmea erilaista tapaa tulkita näiden kynnysten suhdetta.

560 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 349.

561 Tämä olisi Lindellin ”totuusmalli”, sanningsmodellen: Lindell 1998, s. 510 – 513; 2017, s. 628 – 632.

562 Tämä olisi Lindellin ”vertailumalli”, jämförelsemodellen: Lindell 1998, s. 513 – 517; 2017, s. 632 – 635.

563 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 311. Kursivointi Diesenin.

564 Dahlman 2018, s. 165.

5.5.4 Norjan näyttökynnyksistä

Norjassa on vuosikymmenien ajan ollut merkittävänä Eckhoffin vuonna 1943 ilmestyneessä väitöskirjassaan esilletuoma overvekt-periaate. Tästä on muunnelmia: esimerkiksi Hans Peter Graver mainitsee kolme astetta: yleinen todennäköisyyden vahvempuus (alminnelig sannsynlighetsovervekt), overveiende sannsynlig (”godtgjort” eli todistettu, tai ”åpenbart”) sekä sikkert (”ingen rimelig tvil”).⁵⁶⁵ Täysin hallitseva tai kritiikitön tilanne ei kuitenkaan ole koko ajan ollut eikä ole tänäkään päivänä. Käsittelen Norjan tilannetta laajemmin övervikt-periaatetta koskevassa jaksossa.

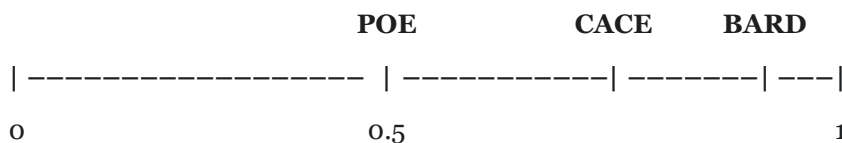
5.5.5 Common law’n näyttökynnyksistä

Englannissa on käytössä kaksi pääkynnystä, riita-asioissa poe (bop) ja rikosasioissa brd, kuten Anderson – Schum – Twining lausuvat:⁵⁶⁶

”...the fact-finder must determine whether the plaintiff has proved all the elements of the ultimate probandum by a preponderance of evidence or on the greater weight of the evidence or whether, on a balance of probabilities, the elements of the ultimate probandum are more probably true than not. On the criminal side, the fact-finder must determine whether the evidence establishes the elements of the offense and the defendant’s guilt beyond a reasonable doubt.”

USA:ssa voidaan erottaa ainakin kolme kynnystä, brd, poe ja niiden väliin sijoitettava standardi, jota nimitetään termeillä ”clear and convincing”, ”clear, cogent and convincing” tai ”clear, unequivocal, and convincing” standardi.⁵⁶⁷

Larry Laudan kuvaa common law’n näyttökynnysten asteikkoa näin:⁵⁶⁸



Kuviossa POE on preponderance of evidence, CACE on clear and convincing evidence ja BARD on beyond a reasonable doubt (brd). CACE on käytössä USA:ssa.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ Graver 2004, s. 467.

⁵⁶⁶ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 242. He toteavat s. 243, että Englannin standardien puitteissa on eri asteita. Kirjoittajat siteeraavat tässä Denning L.J:n kuuluisaa lausumaa, jonka olen ottanut Bater v. Bater -jaksoon.

⁵⁶⁷ Anderson – Shum – Twining 2005, s. 243.

⁵⁶⁸ Laudan 2006, s. 56.

⁵⁶⁹ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 243.

5.5.6 Saksan yleiset näyttökynnykset

Siviiliprosessissa ei näytä olevan varsinaista todistustaakkasääntöä. Tuomarin täysi vakuuttuneisuus on näyttökynnyksenä niin riita- kuin rikosjutuissakin. Prosessilaeissa tuodaan tiivistetysti julki useita sisäisen vakaumuksen syntymisen kriteereitä, kuten a) koko b) oikeudenkäynnissä esitetyn aineiston c) holllinen d) huomioon ottaminen, ja e) vakuuttumisen e) vapaus (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung):

ZPO § 286 (1) Freie Beweiswürdigung. Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

StPO § 261: Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

5.6 Oikeuskäytännöstä

5.6.1 KKO lausuu näyttökynnyksestä erityistilanteissa

Oikeuskäytäntö luo uusia lähtökohtaista todistustaakkaa tai näyttökynnystä koskevia, säännöiksi kiteytyviä standardeja. Jos vertaa esimerkiksi HD:n käytäntöön, KKO ei ole kuitenkaan kovin usein tuonut esiin näyttökynnystä koskevaa vaatimusta prejudikaateissa. KKO nosti Stockmann-ratkaisussa eli ennakkopäättöksessä KKO 2005:69 selkeästi esille todistustaakan, kun katsoi sen astetetun jutussa aikaisemmin virheellisesti. Tämäkin ratkaisu voinee kuitenkin käydä esimerkistä näyttövaatimuksen prejudikatiivisesta ohjaamisesta.

Turvaamistoimet ovat olleet tyypillisiä tilanteita, joissa KKO on lausunut vaadittavan näytön määrästä. Lainsäätäjä on kaikissa OK 7 luvun 1 – 3 §:n tilanteissa jo asettanut turvaamistoimen hakijalle alennetun näyttökynnyksen: tämän on tehtävä oikeutensa olemassaolo (vaade-edellytys) *todennäköiseksi*. Sama⁵⁷⁰ vaatimus kohdistuu myös siihen, missä määrin hakijan on näytettävä, että hänen oikeuttaan uhkaa hukkaaminen tai muu lainkohdissa tarkoitettu vaarantaminen (hukkaamisvaara t. vaaraedellytys).

⁵⁷⁰ Näin lain sanamuotoa on tulkittu. Ehkä toinen sanamuoto olisi sanoa, että todennäköiseksi on saatettava, että ... on saaminen, joka ..., ja että on olemassa vaara...

KKO on pian uuden OK 7 luvun voimaatultua 1.12.1993 ennakkopäätöksissään KKO 1994:132⁵⁷¹ ja 1994:133⁵⁷² määritellyt tarkemmin, mitä todennäköisyydellä näissä yhteyksissä tarkoitetaan. Vahingonkorvaussaanamista turvaavan takavarikon osalta se katsoi vaade-edellytyksen osalta, ettei saamista esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti voitu pitää *selvästi perusteettomana*, ja hukkaamisvaaran kynnys oli, ettei vaara ollut *varsin epätodennäköinen*.

Se, että saaminen täytti vaade-edellytyksen, tutkittiin siis sekä ”esitetyn näytön valossa” että ”oikeudellisesti”, eli, kuten KKO perusteluissa sanoi, saamisen ”tosiasiallista olemassaoloa on harkittava samalla tavoin kuin saamisen oikeudellista perustetta”. Molempien kriteerien kannalta oli KKO:n mukaan riittävää, että saamista ei voitu pitää *selvästi perusteettomana*. Sen sijaan hukkaamisvaaran osalta KKO katsoi riittäväksi, että se ei ollut *varsin epätodennäköinen*. Sen osalta, mitkä kriteerit juttujen tilanteissa osoittivat nämä kriteerit täytetyiksi, KKO viittasi asian kiireellisyyteen, yksipuolisen tuomion antamisen edellytyksiin ja vielä muun ohella siihen, että turvaamistoimi oli peruutettavissa.⁵⁷³

Molempien ratkaisujen otsikoihin on myöhemmin lisätty viittaus ”Vrt. KKO 1998:143”. Sen otsikko kuuluu seuraavasti:

”1998:143: ”Urheilijalle asetetun kilpailukiellon toimeenpanon kumoamista koskeva turvaamistoimivaatimus tutkittiin ja hylättiin.”

Tässä jutussa kysymys oli siitä, että urheilija haki OK 7:3:n nojalla turvaamistoimena hänelle doping-näytteen vuoksi asetetun kilpailukiellon kumoamista jo kumoamisvaatimusta koskevan oikeudenkäynnin ajaksi; kuten KKO totesi, asiallisesti kysymys oli hakijan oikeudesta osallistua moottorivenekilpailuihin oikeudenkäynnin aikana. Lainkohta koski myös tällaista tilannetta, jossa hakijalle annetaan jo etukäteen, siis jo ennen oikeudenkäyntiä ja tuomiota, oikeus ainakin jossakin laajuudessa nauttia kyseistä hänelle todennäköisesti kuuluvaa

571 KKO 1994:132: ”Takavarikkoa oli haettu vahingonkorvaussaanamisen turvaamiseksi. Saamisen todennäköisyyttä koskevan edellytyksen osalta katsottiin riittäväksi, että teko, vahinko ja vastuuperuste oli yksilöity niin, ettei saamista esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti voitu pitää selvästi perusteettomana. Hukkaamisvaaran osalta riitti, ettei vaara ollut varsin epätodennäköinen.”

572 KKO 1994:133: ”Takavarikkoa oli haettu vahingonkorvaussaanamisen turvaamiseksi. Saamisen todennäköisyyttä koskevan edellytyksen osalta katsottiin yksilöimisen lisäksi riittäväksi, ettei saamista esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti voitu pitää selvästi perusteettomana. Väitteet, jotka tuli tarkemmin tutkia vasta vahingonkorvausoikeudenkäynnissä, eivät osoittaneet saamisen selvää perusteettomuutta.”

573 KKO 1994:132: ”Oikeudenkäymiskaaren 7 luvun 9 §:n mukaan tuomioistuin voi, milloin kanne hylätään tai jätetään tutkimatta, samalla määrätä, että turvaamistoimi peruuntuu vasta pääasiaa koskevan ratkaisun saatua lainvoiman. Saamisen selvää perusteettomuutta ei siis merkitse edes se, että saamista koskeva kanne on lainvoimaa vailla olevalla ratkaisulla hylätty. Vielä vähemmän selvää perusteettomuutta osoittaa se, ettei pääasiassa käsillä olevasta oikeuskysymyksestä ole Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuja tai muutoinkaan vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Senkään, että hakijan oikeus kanteen ajamiseen ja turvaamistoimen hakemiseen on kiistetty väittäen lainsäädännöksiä tulkinnanvaraisiksi, ei voida katsoa osoittavan tässä tarkoitettua perusteettomuutta. Turvaamistoimenpiteen tarve päinvastoin korostuu tällaisissa tilanteissa sen vuoksi, että lopullisen ratkaisun saaminen pääasiassa saattaa pitkittyä. Nämä periaatteet vastaavat niitä, joita noudatettiin aikaisemmankin lain aikana turvaamistoimiasioiden käsittelyssä. Myös hukkaamisvaaran osalta edellä selostetuilla yleisillä turvaamistoimenettelyyn liittyvillä perusteilla on merkitystä. Hukkaamisvaaran voidaan siten katsoa olevan olemassa, jollei vaara esillä olevissa olosuhteissa ole varsin epätodennäköinen.” – Ennakkopäätöksen KKO 1994:133 perusteluihin sisältyi samoja argumentteja.

oikeutta. KKO viittasi ennakkopäätöksiin KKO 1994:132 ja 133 ja niissä asetettuun näyttökynnykseen, mutta lausui:

”A:n hakeman turvaamistoimen myöntäminen merkitsisi sitä, että hän saisi jo oikeudenkäynnin ajan nauttia täysimääräisesti sitä oikeutta, jota hän kanteellaan vaatii. Turvaamistoimen myöntämistä harkittaessa on hakijan oikeuden todennäköisyydelle tällaisessa tapauksessa asetettava huomattavasti suuremmat vaatimukset kuin saamisen todennäköisyydelle takavarikkoasiassa. Hakemuksen hyväksymiseksi ei siten riitä pelkästään se, että hakijan oikeus ei esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti ole selvästi perusteeton.”

KKO selosti hakijan väitettä testimenettelyn virheellisyydestä ja tämän esittämää selvitystä, mutta katsoi, etteivät ne riittävällä todennäköisyydellä osoittaneet, että hakijalla olisi oikeus saada kilpailukielto kumotuksi.

Tässä ratkaisussa oli siis kysymys väitetyn oikeuden etukäteisnautinnasta, johon turvaamistoimella pyrittiin. KKO ilmaisee näyttökynnyksen kaksinkertaisen negatiivisesti: ’ei selvästi perusteeton’ -kynnys ei riitä. Näytön täytyy siis olla vahvempaa, vaikka kynnys pysyttelee lainsäätäjän määrittämän ’todennäköiseksi saattamisen’ vyöhykkeellä.

Vielä selvemmin etukäteisnautinnasta oli kysymys ennakkopäätöksessä KKO 2000:94. Kysymys oli OK 7:3:n mukaisesta turvaamistoimesta laivan saarron kumoamiseksi sekä tukitoimenpiteiden kieltämiseksi ennen oikeudenkäyntiä. Riitaista oli vain oikeudellinen arviointi.

KKO lausui perusteluissaan, että turvaamistoimiasia on summaarista menettelyä eikä siinä voitu ratkaista, oliko saartoa pidettävä varustamon väittämien tavoin oikeudenvastaisena; tutkittavana oli ainoastaan, oliko turvaamistoimen myöntämiselle OK 7:3:n mukaiset edellytykset. Varustamon tuli saattaa todennäköiseksi, että saarto oli oikeudenvastainen. KKO totesi etukäteisnautinnan: ”Koska pääasiassa olisi ensisijassa kysymys saarron väitetyn oikeudenvastaisuuden vahvistamisesta, sen kieltäminen merkitsisi, että varustamo saisi oikeudenkäynnin ajaksi sen oikeuden, jota vaatisi kanteellaan.” Näyttökynnyksen osalta KKO viittasi ennakkopäätökseen 1998:143; sen mukaan hakijan oikeuden todennäköisyydelle on asetettava huomattavasti suuremmat vaatimukset kuin saamisen todennäköisyydelle takavarikkoasiassa. KKO arvioi tätä seuraavasti:

”Turvaamistoimiasian ratkaisu perustuu myös väitetyn oikeudenvastaisuuden osalta summaariseen tutkintaan. Merimiesunionin toteuttama työtaistelutoimenpide onkin kiellettävissä lähinnä silloin, kun sellaisen toimenpiteen käyttäminen on nimenomaisesti rajoitettu kansallisessa lainsäädännössä tai Euroopan yhteisön oikeudessa siten, että siihen voidaan vedota yksityisten välisessä suhteessa. Sitä voitaisiin pitää todennäköisesti oikeudenvastaisena myös, jos vastaavanlainen työtaistelutoimenpide toteuttamistapansa, päämääriensä tai seuraamuksiensa johdosta

olisi oikeuskäytännössä vakiintuneesti katsottu oikeuden tai hyvän tavan vastaiseksi taikka kohtuuttomaksi.

Merimiesunionin nyt toteuttaman kaltaisen työtaistelutoimenpiteen käyttöä ei ole laissa nimenomaisesti rajoitettu. Merimiesunioni on esittänyt vuodesta 1996 alkaen varustamolle vaatimuksia sellaisesta aluksen miehistöä koskevasta työehtosopimuksesta, joka vastaa tasoltaan muiden vastaavien Itämerellä liikennöivien alusten työehtosopimuksen tasoa, ja on ilmoittanut varustamolle saarron mahdollisuudesta elokuussa 1998. Edellä oleviin seikkoihin nähden ja huomioon ottaen, että oikeuskäytännössä saartoa on pidetty hyväksyttävänä työtaistelutoimenpiteenä, jos sen päämäärä tai toteuttamistapa eivät ole Suomen oikeusjärjestyksen vastaisia (KKO 1987:85 ja 1987:86), Korkein oikeus katsoo, että varustamo ei ole saattanut todennäköiseksi, että sillä olisi oikeus saada merimiesunionin toteuttama saarto tai AKT:n toteuttamat tukitoimenpiteet kiellettäviksi.”⁵⁷⁴

Myös patenttijutuissa on käyttöä OK 7:3:n soveltamiselle etukäteisnautintaan. Vaatimuksen todennäköisyyttä koskeva näyttökynnys on huomattavasti korkeammalle kuin muutoin. Se on tuotu näkyviin esimerkiksi ennakkopäätöksessä KKO 2003:118.⁵⁷⁵

Minkälaiseen kohtaan asteikolla sitten sijoittuisivat näyttökynnykset ’varsin epätodennäköinen’, ’ei selvästi perusteeton’ ja ’selvästi suurempi vaatimus kuin takavarikkoasiassa’? Lähtökohtana on lain ilmaus ’todennäköinen’, jonka piiriin kaikkien muiden määreiden tulisi mahtua? Tarkoittaako lainsäätäjä ’todennäköisyydellä’ tässä ylipäätään yli 50 prosentin todennäköisyyttä, kuten se on myöhemmin toisissa yhteyksissä – kuten rikosoikeudellisessa seuraustahallisuudessa – lausunut?

574 Norrgård 2001, s. 230 – 234 on katsonut KKO:n linjan vastaavan pitkälti saksalaista *Leistungsverfügung*-mallia. Hän on kritisoinut ratkaisua siitä, että KKO ei käytä kriteerinä niiden seurausten punnintaa, joita ratkaisusta koituu osapuolille; sellainen soveltuisi asiallisesti ja oikeudellisesti monimutkaisissa jutuissa paremmin. Norrgård viittaa tässä OK 7:2:n seuraamuspunnintaan. Hän katsoo ratkaisua voitavan tulkita myös niin, että KKO asettaa tosiasiakysymystä koskevan näyttökynnyksen toisin kuin oikeuskysymystä koskevan. Hän pitää tosin luonnollisena, että näyttökynnys on korkealla silloin, kun oikeuden toteuttaminen tapahtuu ennen oikeudenkäyntiä tai sen aikana – saahan hakija kaiken haluamansa ilman oikeudenkäyntiä. Voi kuitenkin olla tilanteita, joissa hylkäävän ratkaisun seuraamukset hakijalle ovat olennaisesti suuremmat kuin seuraukset vastapuolelle hyväksyvästä ratkaisusta, Norrgård huomauttaa.

575 KKO 2003:118: ”Oikeudenkäymiskaaren 7 luvun 3 §:ssä tarkoitetun niin sanotun yleisluontoisen turvaamistoimen myöntämistä koskeneissa ratkaisuissa KKO 1998:143 ja 2000:94 on sen sijaan katsottu, että milloin turvaamistoimen myöntäminen merkitsisi sitä, että hakija saisi jo oikeudenkäynnin ajan nauttia täysimääräisesti sitä oikeutta, jota hän kanteellaan vaatii (niin sanottu etukäteisnautinta), turvaamistoimen myöntämistä harkittaessa hakijan oikeuden todennäköisyydelle on asetettava huomattavasti suuremmat vaatimukset kuin saamisen todennäköisyydelle takavarikkoasiassa. Se, että turvaamistoimen myöntämiselle etukäteisnautintatilanteissa asetetaan muihin turvaamistoihin nähden suuremmat vaatimukset, on perusteltua, kun otetaan huomioon, että koko turvaamistoimijärjestelmän lähtökohtana voidaan pitää sitä, että turvaamistoinella hakijalle annetaan ainakin toistaiseksi vähemmän kuin mihin niin sanottu päävaade oikeuttaa.” – Lainkohdasta Oesch – Pihlajanmaa 2008, s. 278 – 281. Kirjoittajat katsovat, ettei väliaikaisen suojan saamista yleisen turvaamistoimen avulla OK 7:3:n nojalla voida pitää väitetyä loukkauksen kohteeksi joutuneen patentin haltijan kannalta ”mitenkään helppona”.

’Selvästi suurempi vaatimus kuin takavarikkoasiassa’ ei kaipaakaan tulkintaa: vaatimus edellyttää melkoisesti enemmän kuin aivan todennäköisen alarajalla oloa – missä tuo alaraja sitten onkin. ’Ei selvästi perusteeton’ lienee taas helpompi määrittää vastakohtansa ’selvästi perusteeton’ avulla. Jälkimmäinen tarkoittaa seikkaa (tai vaatimusta), jonka tueksi ei ole oikeastaan mitään näyttöä tai joka on (ainakin lähes) mahdoton. KKO:han viittasi yksipuolisen tuomion edellytyksiin. Kynnys ’ei selvästi perusteeton’ on siis vaatimaton. Sitä lienee mahdoton sijoittaa ainakaan yli 50 prosentin todennäköisyydeksi.

Myös ’ei varsin epätodennäköinen’ on negatiivinen ilmaus, mutta se kärsii ’varsin’-sanon monimerkityksisyydestä: onko ’varsin’ enemmän vai vähemmän. Itse arvioin, että juuri negatiivisessa yhteydessä ilmaisu tarkoittaa suunnilleen samaa kuin ’erityisen’, ’kovinkaan’. ’Ei varsin epätodennäköinen’ lienee joka tapauksessa vähemmän kuin ’todennäköinen’. Se lienee tuskin sijoitettavissa yli 50 prosentin todennäköisyydeksi.

Yhtä kaikki, KKO:n näyttökynnykset osoittavat, että jonkinlainen todennäköisyyksien ”rangi” on tarpeellinen työkalu myös oikeuskäytännössä ja -tieteessä. Toinen asia on, onko tuo asteikko kaikissa tilanteissa yhtenäinen varmuuden eri asteille. Käsittääkseni edellä oleva on osoitus siitä, että se ei sitä ole. Eri määreet on pikemminkin tulkittava kukin omassa asiayhteydessään ja nimenomaisesti suhteessa kontekstin muihin määreisiin, jos tämä on suinkin mahdollista.

Tuoreehko ratkaisu, jossa KKO on joutunut sen ongelman eteen, mitä sen näkemyksen mukaan ”ei varteenotettavaa epäilyä” -kynnyksen voidaan katsoa todennäköisyyden asteena vastaavan, on ennakkopäätös KKO 2019:98. Se koski lääkärin vastuuta tilanteessa, jossa sydäninfarktipotilas kuoli eräiden toimenpiteiden laiminlyönnin yhteydessä, ja kysymys oli siitä, oliko kuoleman ja laiminlyönnin välillä rikosoikeudellisen vastuun perustavaa syy-yhteyttä. Kysymys oli siis hypoteettisesta syy-yhteydestä: mitä olisi tapahtunut, jos olisi tehty tietyllä tavalla niin kuin piti – tai oikeastaan, mitä *ei* olisi tapahtunut. KKO toteaa, ettei yleistä sääntöä näyttökynnykselle voida asettaa ja että vaihtoehtohypoteeseja on arvioitava (kohdat 46 ja 47). Keskeisempää vastaavuuskysymyksen kannalta on kohta 48, ja harkinnan lopputuloksen osoittava kohta 59, jossa vastaavuus vasta määritellään, tosin hiukan turhankin vaatimattomasti eli lisätyllä yhdellä adjektiivilla. KKO lausuu näin:

”46. Korkein oikeus katsoo, että edellä kohdissa 43 ja 44 mainituissa ennakkopäätöksissä ei ole asetettu sellaista sääntöä, joka yleisesti määrittäisi laiminlyöntirikoksissa sovellettavan näyttökynnyksen. Ennakkopäätöksissä on ratkaistu vain se, mikä todennäköisyyden aste seurauksen syntymiselle noissa tilanteissa ainakin on johtanut rikosvastuusta vapautumiseen.

47. Kuten esimerkiksi Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2017:93 ilmenee (kohta 8), näyttöharkinnassa on tärkeää arvioida asian käsittelyssä esiin tulleiden seikkojen perusteella vaihtoehtoisten tapahtumakulkujen mahdollisuutta. Yleisten kokemussääntöjen soveltaminen ja vaihtoehtoisten tapahtumakulkujen tai selitysten tarkastelu kuuluvat siten näytön harkintaan.

48. Edellä esitetystä seuraa tämän tapauksen kannalta, että kuolemantuottamuksen lukeminen A:n syyksi edellyttää sellaista näyttöä, jonka perusteella voidaan vailla varteenotettavaa epäilyä todeta, että A olisi estänyt B:n kuoleman, jos hän olisi hoitanut B:tä asianmukaisesti ja operaatio keskussairaalassa olisi voitu aloittaa ilman noin kolmen tunnin pituiseksi arvioitua viivettä. Toiselta kannalta tarkasteltuna kysymys on siitä, että esitetyn selvityksen perusteella tulee voida vastaavalla todennäköisyydellä sulkea pois se vaihtoehto, että B olisi kuollut saamansa sydäninfarktin seurauksena, vaikka hän olisikin päässyt viivytyksettä keskussairaalaan.

59. Lääketieteellisen selvityksen perusteella voidaan pitää luotettavasti selvitetynä, että hoitoviive on merkittävästi heikentänyt B:n mahdollisuutta selvittää sydäninfarktista hengissä. Asiassa on kuitenkin otettava huomioon B:n korkea ikä ja vaikea perussairaus, kauan jatkunut sydäninfarkti ja siten pitkä viive jo ennen terveyskeskukseen hakeutumista sekä lausunnoissa kuvatut yksilötason ennusteeseen liittyvät huomattavat epävarmuustekijät. Korkein oikeus katsoo, että kaiken asiassa esitetyn selvityksen perusteella ei voida edellä kappaleessa 48 kuvatulla suurella todennäköisyydellä sulkea pois sitä mahdollisuutta, että B olisi kuollut saamansa sydäninfarktin seurauksena siinäkin tapauksessa, että A ei olisi syyllistynyt hänen syykseen syytekohtassa 1 luettuun huolimattomuuteen B:tä hoitaessaan.

60. Korkein oikeus katsoo jääneen näyttämättä, että A:n huolimattomuuden ja B:n kuoleman välillä on syy-yhteys. Siten syyte kuolemantuottamuksesta syytekohtassa 2 on hylättävä.”

Toisin sanoen KKO kääntää varteenotettavan epäilyn kohteen tavallaan ympäri, tarkoittamaan laiminlyönnin ja kuoleman välisen syy-yhteyden puutetta.⁵⁷⁶ Adjektiivi, joka kuvaa tältä kynnykseltä vaadittavaa korkeutta, on ”suuri”. Esillä olleessa tilanteessa, joka päättyi potilaan kuolemaan, olisi pitänyt näyttää suurella todennäköisyydellä toteen hypoteesi, jonka mukaan laiminlyönnillä ei ollut kuolemaan syy-yhteyttä; toisin sanoen, olisi pitänyt näyttää suurella todennäköisyydellä toteen, että potilas olisi kuollut joka tapauksessa ja siis että tästä syy-yhteyden puuttumisesta ei jäänyt varteenotettavaa epäilyä. Niin tai

576 Voisi myös sanoa ehkä niin, että kysymys on tuon syy-yhteyden merkityksettömyydestä. Jos kuolema oli tullut joka tapauksessa, jää teoreettiseksi kysymykseksi, olisiko laiminlyönneillä ollut esimerkiksi sitä jouduttava osa.

näin, kysymykseni kannalta lopputulos siis on, että 'ei varteenotettavaa epäilyä' tarkoittaa asteikolla, että epäilyn todennäköisyyden täytyy olla 'suuri'. – Hypoteesi syy-yhteyden puutteesta oli kyllä dieseniälisittäin ”oikein päin” eli syytetyn eduksi, mutta se jäi näyttämättä toteen kynnyksen korkeuden vuoksi.

KKO:n ratkaisu ei ollut yksimielinen. Esittelijä esitti mietinnössään kuolemantuottamus-syytteen hyväksymistä, ja eri mieltä ollut jäsen hyväksyi mietinnön.⁵⁷⁷ Mietinnössä ei käytetä 'ei varteenotettavaa epäilyä'-termiä, vaan sen mukaan vaihtoehdon tekeminen todennäköiseksi riittäisi kaatamaan syyttäjän väitteen ja näytön syy-yhteyden olemassaolosta. Esittelijä lausui mietinnössään muun ohella seuraavaa:

”Kun kysymys on laiminlyönnillä tapahtuvasta aiheuttamisesta, A:n syyksi ei kuitenkaan voida lukea kuolemantuottamusta, jos oikeaakaan toiminta ei olisi pelastanut B:n henkeä. Asiassa on edellä todetun lisäksi siten vielä arvioitava, olisiko B selvinnyt hengissä tästä välittömänä kuolinsyynä pidettävästä sydäninfarktista, jos A olisi menetellyt hoitoprotokollan mukaisesti. – Tältä osin on kysymys hypoteettisesta arvioinnista tilanteessa, jossa jo tiedetään vahinkoseurauksen aiheutuneen ja on jo arvioitu vastaajan menettelleen vahinkoseurauksen estämisen kannalta relevantilla tavalla virheellisesti. Jos jälkikäteen osoittautuu, ettei huolellinenkaan toiminta olisi vahinkoseurausta estänyt, vastaajan syyksi ei voida lukea seurausrikosta, joka edellyttää tietyn seurauksen aiheuttamista. Arvioinnin hypoteettisuus vaikuttaa väistämättä sen sisältöön. On suorastaan pääsääntö, ettei jälkikäteen ole saavutettavissa varmuutta siitä, miten tapahtumat olisivat edenneet, mikäli vastaaja olisi toiminut toisin. Hypoteettista arviota ei suoriteta uudestaan samoilla kriteereillä kuin varsinaista syy-yhteysarviota. Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa onkin vakiintuneesti katsottu, että arviointi on suoritettava käänteisesti harkitsemalla sitä, mikä on todennäköisyys sille, että vahinkoseuraus olisi aiheutunut myös toimittaessa huolellisesti.” – ”Korkein oikeus todennee, että kerrottujen asiantuntijalausuntojen mukaan sydäninfarktipotilaan riski kuolla kasvaa huomattavasti, jos hoidon aloittaminen oleellisesti viivästyy. Yksittäisen potilaan osalta on silti mahdotonta sanoa varmuudella, olisiko hän selvinnyt, jos hoito olisi aloitettu aikaisemmin. – B:n haakeutuminen hoitoon oli viivästynyt jo hänen saapuessaan terveyskeskukseen. Asiassa saadun selvityksen mukaan B:n tila muuttui kuitenkin olennaisesti terveyskeskuksessa ja kuljetuksessa aiheutuneen viiveen aikana. Hän oli edellä todetuin tavoin terveyskeskukseen saapuessaan ulkoisesti melko hyväkuntoinen, mutta välittömästi keskussairaalaan saavuttaessa hänen kuntonsa romahti. Lisäksi on otettava huomioon, että kuljetuksen tapahtuessa ohjeiden mukaisesti sairaankuljetusajoneuvolla, olisi potilaan kuntoa ylläpitävät hoitotoimenpiteet voitu aloittaa jo matkan aikana.

⁵⁷⁷ KKO:n enemmistön muodostivat Jokela, Littunen, Antila ja Leppänen. Esittelijänä toimi Jukka Loiva ja eri mieltä oli jäsen Koponen.

– Asiassa esitetty selvitys ei osoita todennäköiseksi, että B olisi kuollut nyt kysymyksessä olevaan sydäninfarktiin asianmukaisista hoitotoimenpiteistä huolimatta. Korkein oikeus todennee tällä ja edellä faktisesta syy-yhteydestä lausutulla perusteella, että A:n on katsottava tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskevassa kohdassa todetulla huolimattomalla menettelyllään aiheuttaneen B:n kuoleman.”

5.6.2 HD asettelee näyttökynnystä riitajutuissa ja kritiikkiäkin

5.6.2.1 Eräitä vakuutusjuttuja

Riita-asioissa tavataan tilanteita, joissa näyttökynnys vaihtelee tuomioistuimen aloitteesta jutun piirteiden mukaan.

Ruotsissa tuomioistuimet eivät näytä arkailevan näyttökynnyksien asettamisessa ja muuttamisessa. Usein tähän liittyy punnintaa eri argumenttien välillä. Seuraavassa käyn tältä kannalta läpi ryhmän vakuutusosoikeudellisia ratkaisuja, joissa kysymys on ollut tuomioistuimen, viime kädessä HD:n, määrittelemistä erilaisista näyttökynnyksistä. Niiden perusteluissa tunnustetaan avoimesti, että juuri tuomioistuin määrittelee ja muuttaa näyttökynnystä jutun piirteiden mukaan. Prejudikaatit ovat NJA 1984 s. 501 I ja II, 2006 s. 721, 1992 s. 113 ja NJA 2017 s. 642⁵⁷⁸ (HD:n tuomio 11.7.2017 T 3590-16 HD). Juttujen ryhmässä on merkillepantavaa myös ruotsalainen näyttökynnysten porrastus: full bevisning – klart mer sannolikt – mera antagligt; termi sannolikt nähtävästi ”selitetään pois” Täysi näyttö on HD:n mukaan tapana ilmaista niin, että asianlaita on vahvistettu, styckt.⁵⁷⁹

Ketju alkaa ratkaisusta **NJA 1977 s. 176**. Siinä katsottiin, että vahingonkärsijä on täyttänyt näyttövelvollisuutensa, kun hänen selityksensä vahingosta kaikki seikat huomioon ottaen on selvästi todennäköisempi (klart mer sannolikt) kuin mikään vastapuolen esittämä selitys.

Ratkaisussa **NJA 1984 s. 501 I ja II** on kysymys kahdesta eri jutusta. Molempien juttujen autovakuutuksen vakuutuksenottajat olivat väittäneet autonsa joutuneen varastetuksi, kun taas vakuutusyhtiö oli katsonut, että mitään vakuutustapahtumia ei ollut sattunut. HD määritteli ensin näyttökynnyksen: kun luonnollisista syistä on usein mahdotonta esittää täyttää näyttöä auton luvattomasta ottamisesta ja käyttämisestä, oli aivan yleisesti paikallaan alentaa näyttökynnystä. HD punnitsi vastakkain toisaalta lojaalin vakuutuksenottajan turvallisuudentunnetta siitä, että vakuutus

⁵⁷⁸ Heuman 2017 – 2018, s. 309 – 310.

⁵⁷⁹ Esim. NJA 2017 s. 642 kohta 4. – Selostuksissa olen kursivoinut näyttökynnystä koskevan ilmaisun.

todella antaa hänelle turvaa usein suurta taloudellista merkitystä omaavassa tilanteessa, ja toisaalta sitä merkitystä, mikä vakuutuksenottajille ryhmänä on sillä, ettei vakuutuksenantajan kasvava riskinotto johda vakuutusmaksujen kohoamiseen liiaksi. Erityisesti suojantarve huomioon ottaen HD katsoi, että vakuutuksenottaja on täyttänyt näyttövelvollisuutensa, jos hän on tehnyt kaikkien seikkojen kokonaisharkinnan perusteella *oletettavammaksi (mera antagligt)*, että vakuutustapahtuma on sattunut kuin että se ei sattunut. Arvioinnissa saatiin ottaa huomioon, että vakuutuksenottajalla, kuluttajalla, on yleensä vakuutuksenantajaan verrattuna huomattavasti heikommat mahdollisuudet esittää selvitystä teknisistä yksityiskohdista. Jutun I vakuutuksenottaja oli tällä kynnyksellä näyttänyt vakuutustapahtuman sattuneen, jutun II vakuutuksenottaja ei.

Seuraavassa jutussa **NJA 1992 s. 113** oli kysymys öisestä murtautumisesta turkisliikkeeseen ja varkaudesta. Liikkeellä oli yritys vakuutus. Vakuutuksenantaja katsoi, ettei murtoa ollut tapahtunut. Erimielinen (Skoonen ja Blekingen) HO katsoi viitaten HD:n asettamaan kynnykseen, että vakuutuksenottaja oli täyttänyt näyttövelvollisuutensa. HD punnitsi jälleen lojaalin vakuutuksenottajan suojantarvetta, mutta vastapunnuksena oli vakuutuksenantajan ja myös yhteiskunnan intressi, ettei kävisi liian helpoksi järjestää vakuutustapahtumia, mistä muun ohella voisivat vakuutuksenottajat joutua kärsimään vakuutusmaksujen noustessa liian suuriksi. HD viittasi aiemmin asettamaansa kynnykseen, mutta huomautti kysymyksen olleen kuluttajavakuutuksista ja autojen anastuksista. Tuolloin oli perusteluna mainittu kuluttajan yleensä paljon huonommat mahdollisuudet relevantin teknisen näytön esittämiseen. Yrittäjillä voitiin kuitenkin edellyttää olevan suuremmat mahdollisuudet valvoa etujaan sellaisissa kysymyksissä, ja he voivat saada apua alansa organisaatioilta. Näyttökynnys on siksi voitava asettaa korkeammalle kuin kuluttajavakuutuksissa. HD viittasi käytäntönsä lähialojen useissa ratkaisuisa ja katsoi, että kynnys tulee asianmukaisesti määrätä niin, että kokonaisarvioinnin perusteella tulee olla *selvästi todennäköisempää (klart mera sannolikt)*, että vakuutustapahtuma on sattunut kuin että se ei ole sattunut. Ei ole riittävää aihetta tehdä eroa eri yrittäjien välillä työntekijäin määrän, liikevaihdon tai vastaavan perusteella. Vakuutuksenottaja ei ollut täyttänyt näyttövelvollisuuttaan.

Ratkaisussa **NJA 2006 s. 721** auton omistaja vaati korvausta liikennevakuutusyhdistykseltä vahingosta, jonka tunnistamattomaksi jäänyt autoilija oli kohtaamistilanteessa hänelle aiheuttanut. HD viittasi ratkaisun NJA 1984 s. 501 lisäksi eräisiin sopimuksenulkoista vahingonkorvausvastuuta koskeneisiin ratkaisuihinsa, joissa oli arvioitu olevan vaikeata esittää täyttä näyttöä vahingon syystä ja joissa oli käytännössä katsottu näyttökynnyksen alentamisen olevan paikallaan. Viitaten myös lainvalmisteluaineistoon HD katsoi alentamisen olevan nytkin paikallaan. Kysymys oli siitä, miten se oli muotoiltava. HD toisti vuoden 1984 ratkaisuisa esitettyjä näkökohtia, mutta totesi tilanteen nyt eroavan muun ohella siten, että vahingonkärtsijä oli ollut paikalla vahingon syntyessä; HD:n mukaan monissa tällaisissa tapauksissa

todistelutilanteen oletetaan olevan jonkin verran parempi kuin anastustapauksissa. Korvausta ei vaadittu vahingonkärsijän omasta vakuutuksesta, mikä myös saattoi antaa tukea näyttökynnyksen asettamista korkeammalle kuin vuoden 1984 tapauksissa.

HD punnitsi vastakkain suojaintressiä ja 1984-ratkaisujen tyyppistä vakuutusmaksujen korotusvaara-argumenttia ja päätyi lopulta katsomaan, että kynnyksen tuli olla ”*klart mera sannolikt*”. Tätä kynnystä kantaja ei ylittänyt.

Neljännessä ratkaisussa **NJA 2017 s. 642** vakuutuksenottaja väitti, että hänen autonsa oli ryöstetty häneltä. HD viittasi syy-yhteyden kohdalla vuoden 1977 ratkaisussa tehtyyn näyttökynnyksen alentamiseen tasolle *klart mer sannolikt*, mutta totesi tätäkin alemmaa kynnystä, *mer antagligt*, sovelletun vakuutuksenottajan väittäessä autonsa tulleen anastetuksi. Sitä ei kuitenkaan sovellettu vuoden 2006 ratkaisussa, mihin vaikutti kaksi argumenttia: vahingonkärsijä oli ollut paikalla vahingon sattuessa ja korvausta ei vaadittu omasta vakuutuksesta. Nämä argumentit olivat siis tuossa 2006 ratkaisussa puoltaneet sitä, ettei vuoden 1984 kynnyksen alentamista siinä sovellettaisi. ”Avgörandet är därför inte helt lättolkat.” Kuitenkin riippumatta siitä, miten se on ymmärrettävä kysymyksen ollessa säännön sovellettavuudesta liikennevahingon korvaamiseen, ratkaisu puoltaa sitä, että vuoden 1984 ratkaisujen kevennyssääntö edellyttää muun ohella, että todisteluun liittyy erityisiä vaikeuksia. Auton anastuksen yhteydessä sellainen näyttövaikeus voi olla se, että vahingonkärsijä ei ollut paikalla auton hävitessä, joten hänellä ei ole tarkempaa käsitystä auton katoamisesta. Samanlaisia erityisen kevennyssäännön soveltamista tukevia näyttövaikeuksia voi olla silloin, kun vakuutuksenottaja tosin on paikalla tapahtuman aikana, mutta tietämätön siitä. Toisin päin säännön ei tarvitse olla sovellettavissa, vaikka vakuutettu ei itse ollut paikalla. Myös muiden olosuhteiden kuin vakuutuksenottajan omien havaintojen tulee voida johtaa siihen, että sääntöä ei sovelleta. Tällöin on kuitenkin oltava kysymys olosuhteista, jotka periaatteessa ovat omiaan antamaan vakuutuksenottajalle saman varman käsityksen tapahtumasta, kuin jos hän itse olisi ollut mukana siinä. Voi olla kysymys esimerkiksi tiedoista, jotka on antanut joku, joka lainasi autoa ja oli paikalla sen hävitessä, tai naapurin tekemistä havainnoista autoa pois vietäessä. Se, että voi olla muuta näyttöä tai indisioita auton joutumisesta anastetuksi – kuten murtojälkiä autotallissa – ei siis sulje pois säännön soveltamista. Tässä jutussa vakuutuksenottaja oli ilmoittanut havainneensa, miten auto oli viety häneltä, joten ei ole syytä soveltaa erityistä näytönkevennyssääntöä, vaan arvioinnin tulee tapahtua syy-yhteyteen normaalisti sovellettavan näyttökynnyksen laskemista koskevan säännön mukaisesti. Vakuutuksenottajan oli siis tehtävä *selvästi todennäköisemmäksi*, että hänen korvausvaatimuksensa perusteena oleva tapahtuma oli sattunut, kuin että se ei ollut sattunut, toisin sanoen että auto oli ryöstetty eikä otettu luvallisesti. Tämän selvittämiseksi HD palautti jutun HO:een.

5.6.2.2 Heumanin kritiikki

Heumanin mukaan kysymys vuoden 2006 ratkaisussa oli uudesta näytön varmistamista koskevasta argumentista ja siitä uudesta argumentista, että vakuutusta ei vaadittu vahingonkärsijän omasta vakuutuksesta. Näyttökynnyksen korottamista tukivat molemmat argumentit eli toisen vakuutuksesta korvattavan liikennevahingon sattuminen vakuutuksenottajan paikalla ollessa ja se, että tämä olisi pystynyt varmistamaan todistelua, HD:n mukaan voidaan asettaa vaatimukseksi, että oli selvästi todennäköisempää (klart mer sannolikt), että vahingon oli aiheuttanut se, jonka vakuutuksenottaja oli ilmoittanut, kuin että syy oli jokin muu.⁵⁸⁰

Vuoden 2017 ratkaisussa taas Heumanin mukaan paikallaoloargumentin ulottuvuutta eräässä suhteessa rajoitettiin ja toisessa taas laajennettiin. Muutettujen argumenttien lähtökohtana on tietämättömyys ja se, että käytettävissä oli muuta näyttöä kuin vakuutuksenottajan kertomus. Jos vakuutuksenottaja oli ollut paikalla, mutta tietämättömänä väitetystä tapahtumasta, HD näyttää olleen sitä mieltä, että pitäisi voida soveltaa vuoden 1984 tapauksen todistelu-kevennyssääntöä, toisin sanoen sääntöä joka perustuu yksinkertaiseen näytön vahvemmuuteen. Toiselta puolen voidaan sanoa, että paikallaoloargumentin ulottuvuutta laajennettiin ajatellen sellaisia poissaolotapauksia, kun vakuutuksenottaja oli (vaimon tai naapurin kautta) voinut saada saman varman käsityksen tapahtumasta kuin jos hän olisi itse ollut siinä mukana. Esimerkkinä mainittiin tilanne, jossa oli muuta näyttöä tai indisioita siitä, että auto oli anastettu. Tähän ulottuvuutta muuttavaan argumenttiin ei yhdistetä määrättyä oikeusperiaatetta, jonka mukaan vakuutuksenottajan täytyy tehdä väitteensä selvästi todennäköisemmäksi kuin vastapuolen.⁵⁸¹ HD sanoo vain, ettei ole poissuljettua soveltaa vuoden 1984 tapauksen sääntöä. Ei ole kysymys negatiivisesta oikeusperiaatteesta, vaan oikeusperiaatteen puuttumisesta; kysymys jätetään tietyssä määrin auki.

Heuman liittää esimerkkitapauksensa laajempaan yhteyteen. Hänen mukaansa HD on vienyt ”muuttamisoikeutensa” niin pitkälle, että se on kuvannut aikaisemmin ilmoitetun periaatteen olevan kasuistinen arviointi. Heuman esittää tästä eräitä lisäesimerkkejä. Hänen mukaansa HD:n lausumat tarkoittavat sitä, että prejudikaattiin sisältyvä oikeusperiaate voitaisiin otsikoida uudelleen kasuistiseksi kannanotoksi, joka riistää aikaisemmalta oikeusperiaatteelta sen prejudikaattivaikutuksen. Tätä muuttamiskeinoa on kyllä käytettävä ”med en viss återhållsamhet”, Heuman sanoo. Pelkkä mahdollisuus tulkita oikeusperiaatteita

⁵⁸⁰ Heuman 2017 – 2018, s. 310. Heuman kyseenalaistaa perustellusti, oliko parempia mahdollisuuksia todisteen varmistamiseen olemassa, koska vahinko sattui pimeässä kapealla tiellä kohdattaessa tuntemattomaksi jäänyt auto.

⁵⁸¹ Vrt. kuitenkin ratkaisun ”domslut” heti alussa.

kasuistiseksi kannanotoiksi luo tiettyä epävarmuutta ja prejudikaatin ohjauskyky vähenee tällä menettelyllä kiistaa herättävällä tavalla.⁵⁸²

Heuman arvostele HD:tä myös siitä, että sen tutkinta etenee portaittain, tunnusmerkistö kerrallaan, ja siis tunnusmerkistön kokonaisarviointi puuttuu. Tämä ei ole hänen mukaansa sopusoinnussa sen hermeneuttisen tulkinnan kanssa, jonka mukaan erilaisia tulkintavaihtoehtoja sovitetaan toisiinsa tarkoituksessa kokeilla, ovatko ne koherentteja (hermeneuttinen kehä). Portaittainen metodi voi myös tulla käyttöön, kun HD tekee suksessiivisiä päätelmiä, tai kun portaittaiset arvioinnit kohdistuvat tilanteisiin, joissa tosiseikka vahvistetaan ensimmäisenä vaiheena ja oikeudellinen arviointi sitten tehdään vahvistetuista tosiseikoista. Vilpittömän mielen (god tro) arvioinnit tehdään näin, Heuman toteaa.⁵⁸³

5.6.2.3 Omaa arviointia

Nostan ensiksi ratkaisusta NJA 2017 s. 642 esiin HD:n kohdissa 4-6 esittämän lähtökohtaisen selonteon siitä, kuka näyttökynnyksen määrää. HD sanoo seuraavasti:

”4. En utgångspunkt i civilmål är att den part som har bevisbördan för ett påstått sakförhållande ska prestera full bevisning om detta. Det brukar uttryckas så att sakförhållandet ska vara styrkt. Huvudregeln om full bevisning har dock genom domstolspraxis kompletterats med olika bevislätnadsregler.

5. För sådana skadeståndssituationer där det typiskt sett finns särskilda svårigheter att lägga fram full bevisning om skadeorsaken har Högsta domstolen anvisat ett lägre beviskrav än full bevisning. Den skadelidande har då uppfyllt sin bevisskyldighet när hans eller hennes förklaring till skadan med beaktande av samtliga omständigheter framstår som klart mer sannolik än någon förklaring som har lämnats av motsidan (se bl.a. ”Gropen” NJA 1977 s. 176; det sägs ibland att den angivna orsaken också ska vara sannolik i sig, men det får anses ligga i bevislätnadsregeln sådan den formulerades i 1977 års avgörande). Regeln gäller även orsakspåståenden i många andra fall. Tingsrätten tillämpade den i detta mål, men domstolen fann trots den något med Regeln förenade bevislätnaden att RM inte hade uppfyllt sin bevisskyldighet.

6. Ett ännu något lägre beviskrav har tillämpats när en försäkringstagare begär försäkringsersättning under påstående att hans eller hennes bil har tillgripits. Försäkringstagaren har då ansetts fullgjort sin bevisskyldighet när det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter framstår som mer antagligt att försäkringsfall föreligger

⁵⁸² Heuman 2017 – 2018, s. 311 – 312.

⁵⁸³ Heuman 2017 – 2018, s. 312 – 313.

än att så inte är fallet (se NJA 1984 s. 501 I och II, jfr NJA 1986 s. 3 och NJA 1986 s. 358; annorlunda vid företagsförsäkring, se NJA 1992 s. 113). Som skäl för den till bilstödsfallet knutna bevislätnadsregeln har anförts bl.a. typiska bevissvårigheter och den enskildes behov av försäkringsskydd. Hovrätten har tillämpat denna regel och funnit att RM har uppfyllt sin bevisskyldighet.”

Nähdäkseni ei jää epäilystä siitä, että näyttökynnyksen määrää tuomioistuim, viime kädessä korkein aste.

Mitä Heumanin kritiikkiin tulee, ratkaisun tuomiolauselma on selkeä: HD katsoo, että vakuutuksenottajan on tehtävä ”klart mer sannolikt”, että hänen korvausvaatimuksensa perusteena oleva tapahtuma on sattunut kuin että se ei ole sattunut. Myös sen keskeinen perustelu on esitetty (kohdassa 10) selvästi: kun vakuutuksenottaja oli ilmoittanut havainnoineensa, miten auto oli viety häneltä, ei ole syytä soveltaa erityistä näyttökevennyssääntöä (mera antagligt), vaan tällaisen syy-yhteyden ”tavallista” kevennyssääntöä eli klart mera sannolikt -kynnystä. Heumanin kritiikki kohdistuu ratkaisun perusteluihin.

Käsitykseni mukaan HD:n hiukan kryptisesti avatun pohdinnan kohteena vuoden 2017 ratkaisussa oli ennen kaikkea se, oliko näytön esittäminen vakuutustapahtumasta vakuutuksenottajalle oikeasti vaikeaa (tai mahdotonta) vai ei. Jos hän oli ollut paikalla, se ei ollut niin vaikeaa; ja tähän rinnastettiin tilanne, jossa hän tosin itse oli ollut poissa, mutta oli yhtä varmaa tietoa naapurilta tai siltä, jolla auto oli ollut lainassa ja jolta se oli viety. Näissä tilanteissa ei kynnystä tarvinnut laskea mer antagligt -tasolle. Tilanne, jossa omistaja oli tosin ollut paikalla, mutta samalla tietämätön ryöstön käynnissä olosta, vaikuttaa mielestäni lähinnä apurakennelmalta; ei ole ihan helppo kuvitella, minkälainen tällainen tilanne *reaalimaailmassa* olisi.⁵⁸⁴

Heumanin kritiikissä taas ei yleiseltä kannalta keskeisintä mielestäni ole se, minkä sisältöisiä näkökohtia HD asettaa kynnyksien pohdinnan kriteereiksi. Merkilläpantavinta on se, että hän nimittää niitä periaatteiksi, tästä termistä ”numeroa” tekemättä. Tätä ei ole tarvetta sitoa periaatteen määritelmään sääntö- ja periaate -keskustelussa, vaan riittää, että periaatteella yleisesti ymmärretään ohjetta, jonka ominaispiirre on yleisyys, sovellettavuus muutenkin kuin ad hoc -tavalla. Heuman näyttäisi pikemminkin toivovan, että HD olisi lausunut periaatteista tarkemminkin.

Heumanin kritiikki on perusteltua, jos lähdetään siitä, että tuomioistuimen esimerkiksi juuri tietyn jutun näyttökynnyksen asettamisessa esittämät näkökohdat eivät ole tarkoitettut vain ad hoc -tilanteen ratkaisemisen perusteluiksi, vaan laajemmaltikin huomioon otettaviksi. Näin häntä tulkitseen, koska hän

⁵⁸⁴ HD:n perusteluihin voidaan suunnata hiukan kritiikkiä: naapurin tai lainaajan kertomat havainnot ovat tuon jutun ratkaisemisen kannalta turha obiter-esimerkki. Tässä jutussa auton omistaja itse yritti estää ryöstön ja oli paikalla – ei ollut auton lainaajaa eikä naapuria tietoa antamassa.

asettaa vastakkain prejudikatiiviaron ja kasuistisuuden. Hiukan hämäräksi HD:n ajatuskulku kyllä jää, sillä tilanne näiden ratkaisujen valossa näyttäisi olevan se, että näyttökynnys vaihtelisi samantyyppisissä kysymyksenasetteluissa sen mukaan, miten helppoa juuri kussakin kyseisessä jutussa on esittää näyttöä. Toisin sanoen: sitten kun on käynyt ilmi, mitä näyttöä on esitettävissä ja se on esitetty, vasta määritellään, mikä kynnys valikoimasta valitaan. Kuvatuissa jutuissa punaisena lankana oleva taustaperiaate – vähän soveltaen *impossibilia nulla est obligatio* – on kyllä eräs todistustaakankin yleisistä määräytymisperusteista. Esillä oleva kaltaiset tilanteet, joissa toisissa on, toisissa ei ole, helppo esittää näyttöä, paljastavat säännön ongelmia.⁵⁸⁵

Varmaan niin käy, kuten on tarkoitettukin: kun vastaavanlainen ratkaisu tulee esille ruotsalaisessa alioikeudessa, näyttökynnys määrätään käyttäen apuna näistä ratkaisuista ilmeneviä ohjeita, oikeuskäytännön luomia normeja. Jokainen otsikkoon⁵⁸⁶ asti korotettu seikka jättää jälkensä todistusharkinnan vapauteen. Kun HD:n esittämät edellytykset täytyvät, on tuomittava niiden mukaan, ja harkintavalta on rajoitettu.

Summa summarum: sillä, luetaanko tällaisten ”sääntöjen” laatiminen todistustaakan vai todistusharkinnan piiriin, ei lopulta ole merkitystä, koska kysymys on näyttöön liittyvää harkintaa koskevasta kokonaisjärjestelmästä. Sillä luodaan ne edellytykset, joilla asianosaisten oikeussuojan tarpeet ratkaistaan.

5.7 Oma kanta: yhteistyöhypoteesi pitää paikkansa

Tiivistelmänä voinee sanoa, että kysymys on työnjaosta lainsäätäjän ja tuomioistuimen välillä. Tuomioistuimen toiminnan sääntely kuuluu ilman muuta lainsäätäjän tehtäviin, mutta ottamalla vapaan todistusteorian käyttöön se on vapauttanut ”kentälle” toimintoja, kuten monissa tapauksissa todistustaakan määrittämisen ja näyttökynnyksen asettamisen. Lainsäätäjä antaa näyttövaatimuksesta yleisnormeja ja määrittää näillä vyöhykkeet, joilla näytön vahvuuden tulee yleensä eri juttutyypeissä olla. Mikään ei estä lainsäätäjää puuttumasta uusilla normeilla tilanteisiin, joita yhteiskunnan kehitys tuo tullessaan: tämä näkyy esimerkiksi todistelukieltojen ja kiellonvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen sääntelyn täsmentämisessä.

⁵⁸⁵ Heuman 2018, s. 261 – 277 käsittelee eräitä prosessuaalisen mahdottomuuden tilanteita. Asianosaisten kohdalla mahdottomuus saada näyttöä voinee joissakin tilanteissa johtaa siihen, että tuomioistuin (ad hoc) laskee näyttökynnystä. Heuman 2018, s. 277 päättyy siihen, että eräät HD-ratkaisut antavat ”visst stöd” sille, että prosessuaalinen velvollisuus voi ilman lain tukea poistua tai helpottua, jos sen täyttäminen on asianosaiselle mahdotonta tai vaikeaa. ”Kynnyksenä” voi näytön (s. 275 – 277) lisäksi olla esimerkiksi syyttäjän yksilöimisvaatimus teon aikaan ja paikkaan nähden, ks. s. 274.

⁵⁸⁶ Jutun otsakkeena tai nimenä NJA:ssa on ”Bevislätnad vid påstått försäkringsfall”.

Näyttökynnyksen asettamisen kohdalla ei oikeastaan reaalityodellisuudessa muu ratkaisu kuin tuomioistuimen lopuksi tekemä voisi tulla kysymykseen. Näyttötuomari joutuu jokaisessa jutussa tilanteeseen, jossa hän antaa sisällön lain ilmaisulle, olivat ne miten moniportaisia tahansa. Lindell on käsittäkseni tässä oikeassa, kun hän toteaa, että yksittäisessä jutussa kannanottoa näyttövaatimukseen ei voida erottaa todistusharkinnasta; erottelu voidaan tehdä vain abstraktilla tasolla⁵⁸⁷. Lain ilmaisut ovat joka tapauksessa joustavia käsitteitä, ja niiden tarkempi sisältö määräytyy käyttötilanteesta. Jokainen juttu ja jokainen aineisto on erilainen, ja ero voi olla niin suuri, että puhe jäykästä näyttökynnyksestä on illusorista. Tällöin näyttötuomarille on jätetty suuri vastuu huolehtia siitä, että riittävä yhdenvertaisuus ja ennustettavuus toteutuvat käytännössä. Näyttökynnykset joustavat, mutta eivät mielivaltaisesti.

Riittävän joustavuuden säilyttämiseksi ylimmän oikeusasteen ei nähdäkseni kuitenkaan tulisi lähteä antamaan obiter-tyyppisiä ohjeita siitä, mikä todistustekniikka on riittämätön tai tarpeellinen missäkin tyyppitilanteessa. Samoin tukitodisteluvaatimuksia ei tulisi asettaa sillä tavalla tiettyihin tilanteisiin. Tämän tien päässä on legaalinen todistusteoria. Esimerkiksi Englannissa on tietoisesti luovuttu lähes kaikista tukitodisteluvaatimuksista.

5.8 Erityisesti ei varteenotettavaa epäilyä / beyond reasonable doubt -kynnyksestä

5.8.1 Johdantoa ja historiaa

Reasonable man, järkevä mies, oli brittiläisen empirismin mittapuu tiedon korkeimman mahdollisen todennäköisyyden tavoittajalle. Jokila luonnehtii häntä näin:

”Hän muodosti universaalin arvostelman tiedettävästä kohteesta. Arvostelma perustui hänen moraaliseen varmuuteensa, joka jäi kaiken järkevän epäilyn ulkopuolelle. Kadunmiehen järjen ääni yleistettiin vähitellen inhimillisen käyttymisen käytännölliseksi mittapuuksi sekä brittiläisessä oikeudessa että muilla elämänalueilla. Se omaksuttiin myös järkevän epäilyn eli *beyond reasonable doubt* -standardiin perustuvan näyttökynnyksen mittapuuksi.”⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Lindell 2017, s. 631.

⁵⁸⁸ Jokila 2010, s. 102.

Rikosasioissa tänä päivänä näyttökynnyksen sanallisena ilmauksena on lähes kaikkialla, common law-järjestelmissä ja monissa mannermaisissa⁵⁸⁹ järjestelmissä, beyond reasonable doubt ja siitä eri kieliin johdetut versiot. Ilmaisua vastaa Ruotsissa ”utan rimligt tvivel”, Norjassa⁵⁹⁰ ”bevist utover enhver rimelig tvil” ja suomeksi ”ei varteenotettavaa epäilyä.”⁵⁹¹

Beyond reasonable doubt tarkoittaa oikeastaan ”järkevän tai kohtuullisen epäilyksen tuolla puolen”.

Mitä varteenotettava tai järkevä epäily tarkoittaa? Käsittelen aihetta seuraavassa jaksossa laajemmin, mutta viittaa ensin Cohenin määritelmään epäilyksestä, joka jää ”kiusaamaan” tuomaria. Kysymys epäilemisestä viittaa tuomarin subjektiiviseen asennoitumiseen ratkaisuvaihtoehtoa kohtaan. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että tuomarin on itse oltava vakuuttunut siitä, ettei tuonasteista epävarmuutta ratkaisuun jää. Siten yhdistelmä, että tuomari on vakuuttunut syytetyn syyllisyydestä, mutta tuntee varteenotettavan epäilyksen olevan olemassa, on mahdoton anomalia. Jälkimmäinen sulkee pois edellisen.⁵⁹² Loppujen lopuksi tilanteessa, jossa järkevä epäily on suljettu pois, ei ole erityisen keskeistä, millä adjektiiveilla tuomarin vakuuttuneisuuden tilaa kuvataan.

Edellä sanottu kuvaa faktista epäilemistä. Luonnollisesti tuomarilla voi olla eriasteisia epäilyksiä oikeudellisista kysymyksistä, esimerkiksi tilanteessa, jossa kysytään täysin riidattomaksi tulleen konkreettisen oikeustositseikaston subsumptiota oikeussäännöksen oikeaan tulkintaan ja siihen, mikä tuo tulkinta on. Nämä kysymykset jäävät kuitenkin esitykseni ulkopuolelle.

5.8.2 Mitä tarkoittaa beyond reasonable doubt, varteenotettava epäily(s) ?

Brd eroaa riitajuttujen adjektiivisista kynnyksistä (todennäköinen, ilmeinen) siinä, että se ilmaisee näyttökynnyksen tavallaan negatiivisesti: järkevää epäilystä

589 Vrt. kuitenkin Saksa, jossa tätä ilmaisua ei StPO:ssa käytetä, vaan edellytetään myös rikosasioissa tuomarin vapaata vakuuttuneisuutta. Walter 1979, s. 149 – 165 pohtii laajasti, onko näyttökynnys sittenkään sama. Syytetyn rikoksesta tuomitsemisen edellyttämä näyttökynnys ei voi olla sama kuin tapaturmakorvausvaatimuksen: ”Im Strafprozeß spielt das Rechtsstaatsprinzip eine dominierende Rolle, in den Rentenfällen (gleich, in welchem Gerichtszweig nun darüber zu entscheiden ist) das Sozialstaatsprinzip” (s. 154). Walter hylkää myös niin sanotun Drittkontroll-mallin eli ulkopuolisen järkevän tuomarin ratkaisutavan vertailuun perustuvan harkintamallin (s. 167 – 173).

590 Kolflaath 2011, s. 136, viittaa sen rinnalla maksimiin ”all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode”. Tämä fraasi, kaiken varteenotettavan epäilyn tulee koitua syytetyn eduksi, ei liene missään legaalinen ilmaus, mutta toistuu säännöllisesti samoissa yhteyksissä.

591 Jäljempänä käytän myös suomalaisesta ilmaisusta lyhennettä brd tai brd-standardi, ellei asiayhteys muuta vaadi.

592 Ks. Frände 1998, s. 1253. Hän viittaa saksalaiseen ”richterliche Überzeugungsbildungia” koskevaa keskusteluun. Kun tuomarin vakuuttuneisuus on Saksassa sekä riita- että rikosjutuissa välttämätön näyttökynnys, kysymyksenasettelulla on siellä suurempi merkitys.

ei saa jäädä. Tältä kannalta voi Diesenin tavoin⁵⁹³ sanoa, että se ei ilmaise näytön vahvuutta, vaan lopputuloksen varmuutta. Kysymys on kuitenkin näkökulmasta. Jos rikosasian näyttökynnyksenä pidetään matemaattisesti esimerkiksi arvoa 0.95, järkevä epäilyksen ”vahvuudeksi” jäisi 0.05:n todennäköisyys. Näyttökynnys ilmaistaan harvemmin näin; useimmiten on tällöin on kysymys siitä, minkälainen virhemarginaali oikeuspoliittisesti sallitaan.

Ho:n mukaan⁵⁹⁴ katsotaan yleisesti, että brd:tä on käytännöllisesti katsoen mahdollton määritellä. Tuomareita varoitetaan jatkuvasti sanomasta siitä liikaa jurylle, ja joskus heitä neuvotaan kokonaan välttämään fraasia. Määrittely ei Ho:n mukaan onnistu, koska määriteltävä asia on käsitetty väärin. Rikosstandardi on perinteisesti ymmärretty ennalta määrätyksi, ratkaisuun liittyväksi kynnnykseksi, joka soveltuu yhtenäisesti kaikkiin rikosoikeudenkäynteihin. Jotta sitä voisi käyttää tällä tavalla, täytyy tietää, mikä vertailukohtana on ja kuinka sitä sovelletaan; onko kynnys asetettu asteikolla 85, 95 tai 99 prosentin todennäköisyyteen, ja mitä on olla 85, 95 tai 99 prosenttia vakuuttunut. Kun kynnysnäkemys kannattajia käsketään kvantifioimaan legaalinen kynnys, heidän tavallinen reaktionsa on esittää lukema, jonka he sitten kätevästi olettavat olevan oikea muissa analyyseissään. Voi olla mahdollista antaa teoreettinen vastaus siihen, mikä kynnnyksen tulisi olla, tekemällä hyödyllisyyslaskelmia sopivien oletusten pohjalta, ja mahdollisesti standardia karkeasti määriteltynä voi käyttää niin kauan, kuin henkilö henkistä tilaansa tarkkailemalla kykenee muodostamaan jonkinlaisia mielikuvia tuntemastaan luottamuksesta. Ei kuitenkaan ole olemassa konsensusta siitä, miten parhaiten kvantifioida luottamuksen minimiaste, vaikka edes karkeasti todennäköisyyksien joukkona. Tutkimuksissa, joissa osanottajien on pakko esittää lukema, vastaukset ulottuvat huomattavan kirjon alalle. Vielä tärkeämpää on, että probabilistista kynnnystä ei laissa missään todeta, ja on olemassa vahva juridinen vihamielisyys kaikkia standardin probabilistisia kvantifioimisyrityksiä kohtaan.⁵⁹⁵

Ho:n mukaan toiset ajattelevat, että on mahdotonta asettaa jokin lukema toteennäyttämiseen vaadittavan uskomuksen vahvuudelle. Hän viittaa James Stephenin lausumaan, että yritys epäilyksen ”järkevyyden” (”reasonableness”) kvantifioimiseksi on kuin yrittäisi laskea sellaista, mikä ei ole numeroita, ja mitata sellaista, mikä ei ole tilaa”.⁵⁹⁶ Ho itse katsoo, että kynnnyksen paikan määrittämisen ongelma on väärä;

593 Diesen 2015 – 2016, s. 672.

594 Ho 2008, s. 180 – 181.

595 Ho 2008, s. 181 – 182 esittää esimerkkinä, että jutussa *R v Cavcik* Uuden Seelannin CA katsoi, että oikeudenkäyntituomarin olisi tullut käskää juryä, vastauksena kysymykseen reasonable doubt:n todennäköisyys-arvosta, ”olemaan lähestymättä tehtäväänsä viittaamalla johonkin prosenttilaskelmiin”. Sama tuomioistuin huomautti toisessa jutussa, että yksikään ”järkevä tuomari ei koskaan yrittäisi panna matemaattista arvoa sille, mikä muodostaa näytön brd”.

596 Ho 2008, s. 182. Viitattu teos on James Fitzjames Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (London: Macmillan & Co 1863), s. 262.

sitä ei voida ratkaista, vaan se täytyy häivyttää. Stephen oli yleisesti ottaen oikeassa halveksiessaan ajatusta, että näyttö pitää punnita jollakin kvantitatiivisella mitalla, minkä määrittäminen on näyttökynnyksen tehtävänä. Ho:n mukaan on täsmällisempää sanoa, että näyttökynnys viittaa asenteeseen: se pitäisi tulkita ohjeeksi fact-finderille asenteesta, joka hänen täytyy omaksua harkitessaan syykslukemista. Eräältä näkökannalta kysymys on varovaisuudesta, joka ratkaisijalla täytyy olla ratkaisuja tehdessään.⁵⁹⁷ Ho toteaa vielä, että konventionaalisen analyysitavan kolmas piirre on näyttökynnyksen evaluointi keinona joidenkin yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamiseksi. Miten kynnys pitäisi asettaa, on poliittinen kysymys; siihen liittyy kilpailevien yhteiskunnallisten intressien punninta, virheiden taloudellisten kustannusten minimointi, yleisen hyödyllisyyden maksimointi jne. Tämänkaltaisen lähestymistapa voi aiheuttaa vaaran, että väärän tuomion sisäinen epäoikeudenmukaisuus jää huomiotta.⁵⁹⁸

Jos kynnys voi joustaa, kohdistuuko lainkäyttäjän ”joustovara” juuri tähän kynnukseen? Kynnys sisältää näennäisesti kaksi elementtiä (epäilyn laadun ja varteenotettavuuden), mutta todellisuudessa vain yhden, koska varteenotettavuus tarkoittaa juuri epäilyn voimakkuutta tietystä näkökulmasta tarkasteltuna. Joka tapauksessa lienee niin, että *joustava elementti on juuri epäilyn varteenotettavuus*. Tuleeko vähäisempi teko vakavaa helpommin syyksiluetuksi, kun näyttökynnys joustaa niin, että varteenotettavuudelle asetetaan ankarampi vaatimus – sen tulee olla huomattavampaa kuin vakavassa rikoksessa? Tämä kuulostaa ehkä paradoksaaliseltakin. Näin tuskin lienee ajateltu, mutta se voisi olla looginen johtopäätös joustamisesta.

Jonkan esitys vuonna 1992 tuo esille, miten tuolloin vielä keskusteluvaiheessa ollut kansainvälinen kynnysmääritelmä ja yksisuuntainen todennäköisyysasteikko suhtautuvat toisiinsa: kynnys kiinnittää huomion entiseen verrattuna yhä enemmän epätietoisuuteen jäävään osaan. Luonnollisesti nytkin esitetyn näytön arvo on keskeinen, mutta jäljelle jääneen ”epäilyn” suuruus tai varteenotettavuus viittaa epätietoisuuteen. Rikosprosessia ajatellen voisi eräänlaisena päivityksenä sanoa, että tämä asteikolla epätietoisuudeksi nimitetty alue kuvaa todellisuudessa syyttömyyden aluetta: sillä, missä määrin tuo alue vielä voisi sisältää raskauttavia seikkoja (jos ne saataisiin esiin), ei ole edelleenkään merkitystä sen kannalta, ylitetäänkö näyttökynnys vai ei, mutta nyt alue on saanut ”legaalisen” nimen, epäilyn ei-riittävän varmuuden olemassaolosta.

597 Ho 2008, s. 182 – 183. Hän viittaa eloisesti (karkeaan) analogiaan: ”Jos käsket minua ajamaan lujaa, minun on järkevää kysyä, miten lujaa, ja on yhtä älykästä sinun vastata kvantitatiivisella vastauksella, vaikka vain karkealla viittauksella nopeuteen jota kaipaat. Mutta jos käsket minua ajamaan varovaisesti, ei minun ole mielekästä kysyä, miten varovaisesti, ja odottaa sinun antavan minulle kvantitatiivisen vastauksen edes arvioina. Varovaisuus edellyttää kovin erilaisia asioita formula 1-ajajalta kuin pieniä lapsia kuljettavalta bus-sinkuljettajalta. Tarvittavan varovaisuuden vaatimukset riippuvat asiayhteydestä.”

598 Ho 2008, s. 183.

Edellä kysymyksinä esitetty skenaario ei ehkä sellaisenaan toteudu, koska lievän rikoksen väljempi kohtelu tulee todellisuudessa näkyviin pienemmässä robustiuden vaatimuksessa: jo esitutinnan perinpohjaisuudessa on eroa sen mukaan, onko tutkittavana liikennerikomus vai murha. Tällöin voidaan sanoa, että näyttökynnys oli kuitenkin samalla korkeudella, vaikka todistusaineisto ei ollut yhtä kattava.

Yleisenä näkemyksenä oikeuskirjallisuudessa on, että varteenotettavuus tai kohtullisuus epäilyksen tai epäilyn kriteerinä merkitsee, ettei mikä tahansa epävarmuus käy tällaisesta.⁵⁹⁹ Epäily ei saa olla illusorinen tai mielikuvituksellinen. Common law -oikeuskirjallisuudessa on käsitelty paljon kysymystä, mitä *reasonable doubt* ja sen poissaolo oikeastaan tarkoittaa.⁶⁰⁰ Tämä selittyy luontevasti sillä, että jury-järjestelmässä tuomari esittäessään valamiehille ohjauksensa todistusharkintaa varten joutuu väistämättä ottamaan jossain määrin kantaa asiaan.⁶⁰¹ Ohjauksen oikeellisuuteen taas muutoksenhaussa on mahdollista tarttua, ja ylempien tuomioistuinten ratkaisut ”ruokkivat oikeustiedettä” tältä osin. Ohjaukset ovat kuitenkin käytännöllisiä, maallikoille tarkoitettuja käytännön ohjeita, joissa usein adjektiivia vertaillaan toisiin adjektiiveihin. Mitään erityistä ”tieteellistä otetta” niihin ei yleensä sisälly eikä luonnollisesti pidäkään sisältyä.

Kun epäilyltä edellytetään tiettyä vahvuutta, voidaan sanoa, että myös epäilyllä on jonkinasteinen todennäköisyys- tai voimakkuuskynnys. Tältä kannalta kysymystä varteenotettavuudesta ei kovin paljon ole analysoitu.⁶⁰²

Menemättä syvemmälle common law -ohjausten sananmuotoanalyysin rikkauteen otan jäljempänä esille kolme auktoria, Christian Diesenin, Larry Laudanin ja Eivind Kolflaathin. Jokainen on käsitellyt epäilyksen kynnystä ja tiivistänyt kantansa. Diesen liittää järkevän epäilyksen hypoteesiteoriaan vauvattavana vaihtoehtona.⁶⁰³ Laudan⁶⁰⁴ on lähinnä common law -näkökulmasta käsitellyt näyttökynnyksen muotoilemista käyttäen aputermeinä lyhenteitä BARD (beyond a reasonable doubt), POE (preponderance of evidence), CACE (clear and convincing evidence), SoP (Standard of Proof) ja BoD (Benefit of

599 Ks. esimerkiksi Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 153: doktriinin mukaan epäilyn tulisi olla rationaalinen (loogisesti perusteltu) ja konkreettinen (tosiseikkoihin perustuva). HD ei Heumanin mukaan ole asettanut epäilylle määrä- tai laatumääreitä.

600 Laudan 2006, s. 36 – 47 jakaa esitetyt näkökulmat viiteen kategoriaan: 1) brd sellaisena uskomuksen varmuutena, jota henkilö soveltaa elämänsä tärkeisiin ratkaisuihin; 2) brd sellaisena epäilyksenä, joka saisi harkitsevan henkilön epäilemään; 3) brd kestäväenä vakaumuksena syyllisyydestä, 4) brd epäilyksenä, jolle voidaan esittää perustelu; ja 5) brd korkeana todennäköisyysasteena.

601 Myös Norjassa lagmannsrett-oikeudessa puheenjohtaja esittää maallikkojäsenille, lagrett’ille, oikeudellisen yhteenvedon (rettsbelæring) ja siinä selvittää näille näyttövaatimusta pääkäsitellyn lopuksi, ennen kuin lagrett vetäytyy ratkaisemaan syyllisyyksikysymyksen. Sen sijaan lagmannsrett’in meddomsrett-jutuissa ammatittuomarit täsmentävät näyttövaatimuksen päätösneuvotteluissa: Kolflaath 2011, s. 138.

602 Esimerkiksi Diesen 1994, s.77 – 83 sisältää kuitenkin perinpohjaisen pohdinnan tieteellisluontoisesta määrittämisestä.

603 Diesen 2000, s. 175 – 177.

604 Laudan 2006, s. 36 – 62 ja 64 – 76.

Doubt). Kolflaath⁶⁰⁵ taas on käsitellyt brd-standardia vastaavaa Norjassa vallitsevaa standardia ”enhver rimelig tvil” laajasti ja eri näkökannoilta, ja kysynyt tällöin, mitä on ”*enhver rimelig*”. Käsittelen lisäksi Virolaisen – Martikaisen erästä vaihtoehtohypoteesille asettamaa edellytystä brd:n kannalta.

Diesen⁶⁰⁶ on asettanut varteenotettavalle epäilykselle seuraavat kolme kriteeriä:

- 1) epäilyksen tulee olla rationaalinen: sen tulee olla loogisesti joustavissa
- 2) epäilyksen tulee olla konkreettinen: sen tulee perustua kyseisen jutun tosiseikkoihin
- 3) sen tulee olla relatiivinen: sen järkevyyden arvioiminen on tapahtunut pitäen silmällä kyseisen jutun luonnetta.

Viimeksi mainittu edellytys, epäilyksen järveys, määritellään Diesenin mukaan ”jutun luonteen vaatiman” selvityksen (selvityskynnyksen) pohjalta. Se tarkoittaa, että ennakoedellytyksenä todistusharkinnan tyydyttävälle suorittamiselle on, että tuomioistuimella on hallussaan esitutkinta-asiakirjat, jotka ovat tarpeen vapauttavan tuomion eliminoimiseksi. Selvityskynnys vaihtelee jutusta toiseen ja riippuu rikoksen vakavuudesta, syytetyn suhtautumisesta, rikoksen tyypistä ja jutun tosiasiallisista olosuhteista. Siten myös lopputuloksen varmuus, robustius, vaihtelee.⁶⁰⁷

Laudan⁶⁰⁸ tiivistää kaksi ehdotelmää, niitä kuitenkin itse omaksumatta, seuraavasti:

- a) ”If there is credible, inculpatory evidence or testimony that would be very hard to explain if the defendant were innocent, and no credible, exculpatory evidence or testimony that would be very difficult to explain if the defendant were guilty, then convict. Otherwise, acquit.”
- b) ”If the prosecutor’s story about the crime is plausible and you can conceive of no plausible story that leaves the defendant innocent, then convict. Otherwise, acquit.”

605 Kolflaath 2011, s. 135 – 196.

606 Diesen 2000, s. 170 – 171.

607 Vrt. Mellqvist 2003, s.758 - 759; hän kritisoi hiukan Diesenin kolmen edellytyksen esitystä katsoen, että se antaa vaikutelman, että syytetyllä on taakka kasvattaa epäilystä tuomioistuimessa, eikä pelkästään sitä, vaan että syytetyn täytyy ”kylvää epäilyksen siemenet reilulla kasvuvoimalla.” Lisäksi se voi antaa vaikutelman, että tuomioistuimen täytyy rationaalisesti ja konkreettisesti perustella, paitsi langettava, myös vapauttava tuomio. ”Ja näinhän asia ei lainkaan ole, hiukan yksinkertaistettuna ilmaisten”, Mellqvist sanoo. – Ainakin viimeksi mainittua kritiikkiä pidän outona; kai myös vapauttava tuomio on perusteltava mahdollisimman hyvin – rikosoikeudenkäynneissäkin on muitakin asianosaisia (syyttäjää, asianomistaja, kanssasyytetyt), puhumattakaan muista sidosryhmistä (suuri yleisö, lehdistö, ylemmät tuomioistuimet).

608 Laudan 2006, s. 82. Jälkimmäinen versio, jonka osalta Laudan viittaa Ron Allenilta saamaansa vihjeeseen, on selvästikin kertomusmalliin rakennettu.

Kolflaath⁶⁰⁹ pitää a-mallin muotoilua ”lupaavana”, mutta katsoo muun muassa, että se voi antaa vaikutelman, että todisteet ovat vahingollisia (”inculpatory”) tai suosiollisia (”exculpatory”) syytetylle jo lähtökohtaisesti, siis riippumatta kysymyksestä, jota todisteilla voidaan selittää. Kolflaathin mielestä tämä on teoreettisesti katsoen harhaanjohtavaa ja norjalaisessa kontekstissa joka tapauksessa tarpeetonta. Onko todiste vahingoksi vai hyödyksi syytetylle, riippuu siitä, voidaanko todiste selittää syyttömyyshypoteesilla. Jos ”vahingollinen” todiste voidaan selittää syytetyn eduksi, todiste oli vain näennäisesti vahingollinen tai joka tapauksessa vähemmän vahingollinen kuin ensin oletettiin. Todisteiden luokittelu ”vahingollisiin” ja ”suosiollisiin” ennakoisi siten niitä arviointeja, jotka suoritetaan myöhemmin todistusharkinnassa. Lisäksi, kun kertomusmallin kannattajat mielellään väittävät, että yksittäisillä todisteilla ei ole merkitystä sellaisinaan, vaan vain suhteessa kertomuksen kokonaisuuteen, todisteen vahingollisuus tai suosiollisuus voi silloin riippua siitä, mihin kertomukseen se liitetään. Näyttövaatimusmäärittelyä, joka ottaa tämän huomioon, voinee Kolflaathin mielestä pitää parempana kuin muotoilua, joka ainakin näennäisesti edellyttää, että todisteen erillinen arviointi antaa perustan luokitella todiste joko vahingolliseksi tai suosiolliseksi syytetylle. Kolflaathin mukaan muotoilun tulee lisäksi tuoda esiin, että syytteen hylkäämiseen ei riitä, että jokainen todiste erillään arvioituna voidaan selittää vapauttavalla tavalla. Tämä on relevanttia muun ohella silloin, kun on käsillä joukko näennäisesti riippumattomia todistajankertomuksia, jotka kertovat samaa, ja kun yksittäinen todistajankertomus sellaisenaan voidaan selittää syytetylle suosiollisesti (esimerkiksi väärin muistamisena), on kuitenkin aivan epätodennäköistä, että tämä koskisi kaikkia todistajia. Toinen esimerkki on kaksi todistettua seikkaa, joilla on molemmilla vapauttava selityksensä (eikä mitään muita vapauttavia selityksiä), mutta näitä vapauttavia selityksiä ei voida yhdistää yhteen, joko tiukasti loogisessa merkityksessä (ne ovat loogisesti yhteensopimattomia) tai väljemmässä merkityksessä (molemmat eivät voi sisältyä uskottavaan, vapauttavaan kertomukseen). Kolflaathin mielestä olisi (norjalaisessa kontekstissa) riittävää puhua vain näytetyistä seikoista, ”jotka silloin käsittävät sekä todistusaineiston (bevisdata) että näytetyt (vastakohtana hypoteettisille) todistustositteet”.

Kolflaath arvelee myös, että Laudanin muotoilulla näyttövaatimuksesta tulisi liian ankara – ”edellyttäen että syytetyn syyllisyyden vain tulee olla näytetty utover enhver rimelig tvil – jos näyttötuomarin pitää panna painoa jokaiselle *ajatteltavissa olevalle* selitykselle, joka on syytetyn eduksi. On paljon mitä sinänsä *voidaan* selittää, jos halutaan hyväksyä selitykset, jotka ovat vähän uskottavia. Vastaavasti näyttövaatimuksen määrittely ei saa myöskään avata

609 Kolflaath 2011, s. 172 – 173.

porttia sille, että mahdolliset syylisyys-hypoteesiin liittyvät ongelmat selitetään jollakin mikä on hyvin vähän uskottavaa.”⁶¹⁰

Omasta mielestäni Kolflaathin kritiikki on termien osalta kohtuutonta. Inculpatory ja exculpatory vastaavat henkilötodistelussa saksan Belastungs- ja Entlastungszeuge -termejä. Laudan tarkoittaa käsittääkseni juuri todistusharkinnan ajankohtaa. Juuri todistusharkinnan aikana tiedetään, voidaanko raskauttava todiste ”selittää” vapauttavaksi (tai yhdentekeväksi). Siten en pääse käsitykseen Kolflaathin temporaalisesta näkemyksestä. Puhe ”jokaisesta ajateltavissa olevasta selityksestä” taas on nähdäkseni tavanomaista, tässä yhteydessä turhaa argumentointia.

Kolflaath itse muotoilee rikosoikeudellisen näyttökynnyksen näin:

”Syytetty on tuomittava, jos ja vain jos (1) on olemassa (yksi tai useampia) näytettyjä seikkoja, jotka (kukin erikseen tai yhdistettyinä) olisivat vaikeita selittää uskottavalla tavalla (s. 174), jos syytetty olisi syytön, ja (2) ei ole olemassa näytettyjä seikkoja, jotka olisivat vaikeita selittää uskottavalla tavalla, jos syytetty olisi syyllinen.”⁶¹¹

Hypoteesimetodin käsittelyn yhteydessä Virolainen – Martikainen esittävät seuraavat näkemykset:

”Vaihtoehtoisen hypoteesin tulee aina olla syytetylle edullinen ja yhteismitallinen syyttäjän teeman kanssa sikäli, että myös se voidaan esittää juridisena todistusteemana eikä vain vaihtoehtoisina todistustosisekkoina.”⁶¹²

”Hypoteesimallissa ei siten verrata (syyttäjän) teeman todennäköisyyttä vapauttavan vaihtoehdon todennäköisyyteen, vaan kysymys on siitä, onko vaihtoehtoisen hypoteesin tueksi löydettävissä tiettyä aineellista (olennaista) tukea. Jos näin on, syyttäjän hypoteesi (teema) ei kelpaa juridiseksi selitykseksi tapahtuneesta, mikä merkitsee sitä, että syyte tulee hylätä.”⁶¹³

Ilmaisu yhteismitallisuuden vaatimuksesta kaippaa mielestäni kuitenkin täsmennystä. Olennaista on se, voiko esitetty vaihtoehtohypoteesi murtaa syyttäjän näytön eli aiheuttaako se *varteenotettavan epäilyn* syyttäjän näyttöä kohtaan. Muuta ei tarvita.⁶¹⁴ Siltä ei pidä vaatia koherenttia selitystä – ei siis ”juridista todistusteemaa”, jos tällä tarkoitetaan yhteismitallisuutta syyttäjän

610 Kolflaath 2011, s. 173.

611 Kolflaath 2011, s. 173 – 174. Käsittelen Kolflaathin kynnystä tarkemmin jaksossa Baconiaaniset mallit, hänen ”kolmen näkökulman mallinsa” yhteydessä.

612 Virolainen – Martikainen 2010, s. 301.

613 Virolainen – Martikainen 2010, s. 301 alaviite 114.

614 Vaikka tuomioistuimien katsoo vaihtoehtohypoteesin kaatavan syyttäjän version, se ei anna vaihtoehtohypoteesistä mitään vahvistustuomiota, ”wie es eigentlich gewesen”.

väitteiden kanssa (sellainen yhteismitallisuus kyllä toteutuisi jo väitteellä pelkästään syytteessä olevien seikkojen negaatiosta). Keskeistä on, että yksittäisetkin *todistus*tositteet voivat riittää synnyttämään tuon epäilyn ja kaatamaan syytteen, vaikka syytetty ei kykene muodostamaan niistä laajempaa ”juridista teemaa” tai – vielä vähemmän – kertomusta. Toiseksi, tuohon murtamiseen tarvittavan ”tuen” eli näytön ei mitenkään tarvitse olla *olennainen*, mikä termi ainakin oman käsitykseni mukaan viittaa huomattavan todistusvoimaiseen näyttöön. Varteenotettavuus tai järkevyyden riittävät, ja ne kynnökset ovat paljon matalammalla.

5.8.3 Brd Pohjolaan ja Suomeen

5.8.3.1 Johdantoa. Jonkan punnintamalli suomalaisena brd-kynnyksen ennakkointina

5.8.3.1.1 Punnintamallin esittely

Jonkka viittasi jo vuonna 1992 ilmestyneessä oppikirjassaan brd-keskusteluun. Hän katsoi, että ei varteenotettavaa epäilyä -kynnyksen voidaan tulkita sisältävän sekä tuomarin henkilökohtaisen vakuuttuneisuuden että viittauksen intersubjektiviiviseen elementtiin.⁶¹⁵

Jonkan mukaan brd-standardi ”merkitsee tuomitsemiskynnyksen tavallaan *negatiivista määrittelyä*. Sen sijaan että viittaisi syyllisyyden todennäköisyyteen, se kiinnittää huomion siihen, mitä mahdollisesti hyvinkin vakuuttavan syyllisyyttä tukevan todistusaineiston jälkeen on vielä syytä epäillä. ...Näin ilmaistu tuomitsemiskynnys pakottaa päätöksentekijän arvioimaan kriittisesti – ei syyllisyyttä merkitsevän todennäköisyyden vaan – *syyllisyyttä koskevan epäilyn astetta*. ’Varteenotettavan epäilyn puuttumisen’ voi sanoa tarkoittavan jonkin laista ’käytännöllisen elämän varmuutta: vaikka epäilyä ei täydellisesti olekaan mahdollista sulkea pois, kaiken todistusaineiston valossa syyllisyyttä koskeva epäily on niin vähäinen, että *on rationaalisempaa antaa syyppääksi toteava kuin syytteen hylkäävä ratkaisu*.’⁶¹⁶

⁶¹⁵ Jonkka 1992, s. 104 – 105.

⁶¹⁶ Jonkka 1992, s. 104 – 105. Kursivoinnit Jonkan. Hän viittaa omaan todennäköisyysasteikkoonsa (s. 92) ja sanoo, että huomion kiinnittäminen siihen, mitä on syytä epäillä, tarkoittaa huomion kiinnittämistä epä-tietoisuutta merkitsevän alueen laajuuteen – syyttömyyden ”maksimitodennäköisyyteen”. (Jos syyllisyyden tueksi esitetyn näytön kokonaisarvo olisi 0.7, tuo epätietoisuuden arvo olisi 0.3.)

Jonkka pohtii näyttötuomarin roolia seuraavasti:⁶¹⁷

”Silloin kuin näyttökynnyksen ylittäminen on epävarmaa eli liikutaan abstraktin näyttövaatimuksen reuna-alueella (’harmaalla vyöhykkeellä’), lainkäyttäjän on ratkaistava, kumman suuntainen päätös on paremmin perusteltavissa rikosprosessin arvo- ja tavoiteperiaatteiden valossa. Aikaisemmin on todettu, että silloinkin, kun lainkäyttäjälle on joko tarkoituksellisesti annettu tai hänelle on säännösten epätas- mallisuuden vuoksi jäänyt harkintavaltaa, tätä harkintavaltaa käyttäen tehtyjä ratkai- suja voidaan oikeusjärjestyksen valossa tarkastellen arvottaa ’paremmiksi’ ja ’huo- nommiksi’. Tässä sanottu koskee myös näytön riittävyyden arviointia. Näyttökynnys on sääntötyyppinen normi, jonka täsmentämisessä saatetaan joutua turvautumaan periaatteiden punnintaan. Lainkäyttäjän on harkittava, *kumpi päätösvaihtoehtoista paremmin palvelee rikosprosessin keskeisten arvo- ja tavoiteperiaatteiden opti- maalista toteutumista konkreettisessa tapauksessa* (’optimaalinen näyttökynnys’).”

Jonkka pohtii siis jutun konkreettisen näyttökynnyksen määrittämistä rikos- jutussa, suurelta osalta jo brd-standardin pohjalta. Hänen mukaansa kaksi näyttöratkaisun rationaalisuuden kriteeriä ovat seurausten arvottaminen rikos- prosessuaalisen järjestelmän tarkoituksien valossa ja tosiasialliset näyttömah- dollisuudet. Vastakkain ovat preventio- ja oikeusturvavaatimukset. Oikeusturva puoltaa hyvinkin vähäisen epäilyksen katsomista varteenotettavaksi, mutta toi- saalta hän pitää in dubio pro reo -periaatetta vain ”eräänlaisena rikosproses- suaalisena ratkaisun suuntaa osoittavana ideaalina”; hänen mielestään ”selvää on, että syyttömän suojaamisen periaatteella on tuomiota harkittaessa erittäin korkea lähtökohtainen (prima facie-) painoarvo, mutta viime kädessä sen tarkka merkitys on arvioitava jokaisessa päätöstilanteessa erikseen”.⁶¹⁸

”Syyttömän suojaaminen on yksi oikeusvaltion kaikkein keskeisimpiä prosessuaalisia periaatteita, ja sille on annettava korkea lähtökohtainen (prima facie-) painoarvo ja etusija yleispreventiovaatimukseen nähden. Tämä merkitsee sitä, että tuomitse- miskynnyksen ylittymistä koskevassa epävarmuustilanteessa pääsääntöisesti tulisi syyte hylätä. Mutta tämä lähtökohtainen etusijajärjestys voi kääntyä yleispreven- tiovaatimuksen kohonneen ja/tai oikeusturvanäkökohtien laskeneen painoarvon vuoksi. Huomiota on siis kiinnitettävä konkreettiseen ratkaisutilanteeseen ja em. vaatimusten painoarvoihin vaikuttaviin tekijöihin.”⁶¹⁹

⁶¹⁷ Jonkka 1992, s. 95.

⁶¹⁸ Jonkka 1992, s. 107.

⁶¹⁹ Jonkka 1992, s. 111.

Brd-standardi kattaa ”kaikki jutun ratkaisemisen kannalta välittömästi relevantit tosiseikat”, mutta Jonkka katsoo, että konkreettista näyttökynnystä on aihetta tarkastella kunkin oikeustositseikan kohdalla erikseen: ”mitä enemmän epävarmuus painottuu syyllisyyden keskeiselle ydinalueelle, sitä vähäisempi epäily on ”varteenotettava”. Oikeusturvavaatimusta voidaan loukata eriasteisesti; Jonkka katsoo voitavan argumentoida sen puolesta, että konkreettinen näyttökynnys eräiden *vastatositseikkojen* kohdalla saattaisi olla ”normaalia matalampi”, vaikka syyttäjällä onkin niihinkin nähden todistustaakka. Preventioperiaatteen kohdalla taas on kysymys *tavoite/keino -relaatiosta*: ”mitä enemmän sanktiotodennäköisyydellä (keino) arvioidaan olevan preventiovaikutusta (tavoite) ja mitä tärkeämpänä tämän tavoitteen toteutumista pidetään, sitä suurempi painoarvo preventiovaatimukselle on syytä antaa”.⁶²⁰

Mitä näyttömahdollisuuksien huomioon ottamiseen rikosprosesuaalisen näyttökynnyksen arvioinnissa tulee, Jonkka on sitä mieltä, että ”näyttömahdollisuuksiltaan erilaisten tunnusmerkistökiteijöiden kohdalla on perusteltua soveltaa erilaisia mittapuita arvioitaessa sitä, minkä asteista todennäköisyyttä niiden näyttämiseksi vaaditaan – eli milloin epäily on ’varteenotettava’. Oikeusturvavaatimuksen merkitystä on tarkasteltava kunkin oikeustositseikan kohdalla eritellen ja samalla tavoin on meneteltävä näyttömahdollisuutta arvioitaessa. *Sisäisistä tosiseikoista* (aikomus, tarkoitus, tahallisuus) samoin kuin tosiseikoista, joiden tunnusmerkistön mukaisuuden toteaminen edellyttää korostetusti *oikeudellista arvottamista* (esim. kausaalisuhde, tuottamus), ei ole saatavissa yhtä luotettavasti arvioitavaa tietoa kuin fyysisesti havaittavista ’konkreettisimmista’ tosiseikoista (tunnistus, ulkoinen toiminta).” Jonkan mukaan tahallisuudesta tulee vaatia aina periaatteessa yhtä vakuuttavaa selvitystä, mutta ei ole realistista edellyttää niin vahvaa näyttöä kuin relevantista fyysisestä toiminnasta.⁶²¹

Jonkka selostaa ja arvioi vielä keskustelua, jota on käyty siitä, pitäisikö näyttökynnysten olla erilaisia näyttömahdollisuuksiltaan erilaisten rikostyyppien kohdalla. Hänen mukaansa tämä on ”kysymys, jossa prosessuaalisen järjestelmän toimivuuden ja aineellisoikeudellisten tavoitteiden keskinäinen vuorovaikutus tulee korostetusti näkyviin”. Syyttäjän näyttövelvollisuuden helpottamista on pohdittu esimerkiksi väkisinmakaamis- ja huumerikosten kohdalla, kun niissä näyttöongelmat ovat ”poikkeuksellisen suuria”, sekä taloudellisen rikollisuuden kohdalla. Jonkka toteaa, että tällainen preventionäkökulman kannalta sinänsä relevantti argumentaatio on yleensä torjuttu oikeusturvaa vaarantavana. Jos sanktiotodennäköisyys uhkaa pudota jonkin

620 Jonkka 1992, s. 106 – 117. Kursivoinnit Jonkan.

621 Jonkka 1992, s. 117 – 118. Kursivoinnit Jonkan.

rikostyyppin kohdalla poikkeuksellisen matalaksi, tilanne tulee pyrkiä korjaamaan muilla keinoin kuin tuomitsemiskynnystä laskemalla.⁶²²

5.8.3.1.2 Omaa arviointia Jonkan mallista

Jonkka käsittelee aiheensa mukaisesti lähinnä rikosprosessuaalisia kynnyksiä ja niitäkin paljolti esitutinnan ja syyteratkaisun kannalta. Tuomioistuinprosessivaiheen kannalta hän on periaatteessa oikeassa siinä, että yleisluontoiset näyttökynnyksnormit voivat vaatia täsmennystä käytännön todistusharkintatilanteessa. Viime kädessä kysymys on siitä, mitä ratkaisijan mielestä tarkoittaa esimerkiksi ilmaus ”todennäköinen”; ratkaisija joutuu antamaan termille sisällön. Pidän kuitenkin hiukan liioiteltuna ajatusta, että lainkäyttäjät kussakin päätöstilanteessa eli aina loisi tuomitsemiskynnyksen, jolla termillä Jonkka ymmärtääkseni tarkoittaa yleensä⁶²³ samaa kuin koko rikosjutun eli oikeustoisikaston näyttökynnystä. Kun punnittavana on näyttö, puhuisin mieluummin näyttö- kuin tuomitsemiskynnyksestä.

Jonkan mallin ”oletusasetuksena” näyttää olevan näyttötuomarin suorittama punninta näyttökynnyksen korkeudesta ja hänen toimivaltansa siihen. Hän sanoutuu kuitenkin irti ”rikosprosessuaaliseen argumentaatioon varsin soveltumattomasta” ajatuksesta, että preventiovaatimuksen kohonnutta painoarvoa perusteltaisiin *yksittäisen tapauksen erityispiirteillä*. Estettä ei voine olla sille, että ”yleistettävissä olevia, oikeudellisessa perustelussa yleensä hyväksyttäviä näkökohtia otetaan huomioon myös konkreettisessa päätöstilanteessa. Päätteilyn tulee siis olla *yleistävää päätteilyä*”.⁶²⁴ Jää ainakin itselleni hiukan epäselväksi, mitä nämä kummatkin piirteet olisivat käytännössä ja miten ne eroaisivat toisistaan.

En ole kuitenkaan samaa mieltä siitä, että ”kun näyttökynnyksen ylittyminen on epävarmaa eli liikutaan abstraktin näyttövaatimuksen reuna-alueella (”harmaalla vyöhykkeellä”), lainkäyttäjän on ratkaistava, kumman suuntainen päätös on paremmin perusteltavissa rikosprosessin arvo- ja tavoiteperiaatteiden valossa.” Tämä voi koskea syyttäjän syyteharkintaa, mutta ei mielestäni tuomioistuimen todistusharkintaa. Jos näyttökynnyksen ylittyminen tiettyä seikkaa tai seikastoa (syytettä) koskevan väitteen kohdalla on epävarmaa, kyseistä seikkaa koskeva väite ja syyte siltä osin on hylättävä.⁶²⁵ Näyttötuomari ei mielestäni saa tilanteessa, jossa hän tunnistaa

622 Jonkka 1992, s. 118 – 119.

623 Vrt. kuitenkin Jonkka 1992, s. 112 – 113, jossa hän edellyttää – mielestäni täysin perustellusti – että konkreettista tuomitsemiskynnystä on tarkasteltava kunkin oikeustoisikannan kohdalla erikseen. Näinhän käytännön todistusharkinnassa aina menetellään – atomistinen tarkastelu edeltää holistista.

624 Jonkka 1992, s. 111.

625 Vrt. Jonkka 1992, s. 111; ks. myös s.106, jossa hän toteaa oikeusturvanäkökohtien puoltavan sitä, että hyvinkin vähäinen epäily syyttömyydestä olisi tulkittava ”varteenotettavaksi” ja että perinteisen kannan mukaan rikosprosessissa yksilön oikeusturva vaatii asian ratkaisemista epäselvässä tapauksessa ”aina” syytetyn

epävarmuuden eli käytännössä rationaalisesti epäilee väitteen paikkansapitävyyttä, lähteä pohtimaan, olisiko yhteiskunnallisesti eli lain arvo- ja tavoiteperiaatteiden valossa sittenkin parempi katsoa seikka tai seikasto näytetyksi. Keskeisin arvoperiaate, jonka mukaan syytöntä ei tule tuomita, estää tämän. Myös syyttömän suojaamisen periaate eli syyttömyysolettama tulee mielestäni nähdä tältä kannalta. In dubio pro reo -periaate eli kaiken epävarmuuden koituminen syytetyn eduksi on näyttötuomarille epävarmuustilanteessa konkreettinen ohje. Suhtaudun torjuvasti myös näyttömahdollisuuksien huomioon ottamiseen tarvittaessa kynnystä – siis syyttäjän kynnystä – laskevana, niin ad hoc juttukohtaisesti kuin rikostyyppikohtaisesti. Myös Jonkka suhtautuu ymmärtääkseni näyttökynnyksen käyttämiseen rikostyyppikohtaisen sääntelyn keinona ainakin jossain määrin varauksellisesti.⁶²⁶

Episteemistä arviointia ei käsittääkseni ylipäätään tulisi sekoittaa esimerkiksi yhteiskunnallisiin näkökohtiin. Jos niille halutaan esimerkiksi Klammin osoittamalla tavalla antaa merkitystä, se on pikemminkin lainsäätäjän kuin näyttötuomarin tehtävä ja se on suoritettava todistustaakan jaossa, ei yksittäisen näyttökynnyksen arvioimisessa. Näyttötuomarin ei pitäisi kiirehtiä luomaan normeja, ei ainakaan vapaan todistusharkinnan kaventamiseksi.

”Sisäisten tosiseikkojen” kynnyksen(kin) kohdalla Jonkka on ollut aikaansa edellä. Laajennan kuitenkin näkökulmaa sikäli, että ”sisäisissä tosiseikoissa” ei välttämättä ole kysymys oikeudellisista seikoista, vaan usein enemmänkin psyykkisistä tai lääketieteellisistä seikoista. Oikeuskirjallisuudessa ”oikeudellistetaan” termejä tai harkintoja toisinaan turhan avokätisesti.

Lisäksi on paikallaan todeta, että Jonkka korostaa voimakkaasti ihmisarvon kunnioittamista rikosprosessuaalisessa menettelyssä.⁶²⁷ Hän ei viitatussa teoksessaan käsittele näytön robustiuden vaatimusta. Kuten edeltä ilmeni, useat tutkijat katsovat nykyään, että juuri robustiusvaatimus joustaa jutun laadun mukaan, niin että vakavaa rikosta koskevassa jutussa näytön robustiuden täytyy olla suurempi kuin vähäisemmässä. Toisin sanoen joustavuuden edellyttäminen kanavoidaan pikemminkin tätä kautta.

5.8.3.1.3 'Ei varteenotettavaa epäilyä' Suomeen. KKO 2002:47

Ensimmäinen ennakkopäätös, jossa KKO sovelsi ei varteenotettavaa epäilyä -kynnystä, oli KKO 2002:47 eli Silja Serenade -ratkaisu.⁶²⁸ Siinä sekä KO, HO että

eduksi. (molemmat lainausmerkit Jonkan).

626 Ks. Jonkka 1992, s. 119, jossa varauksellisuus mielestäni näkyy. Toisaalta hän muistuttaa ”syyttömän suojaamisen periaatteen optimointikäskyn luonteesta” ja siitä, että ”oikeusturvavaatimusta ei ole syytä tarkastella erittelemättömästi vaan painoarvoltaan (edellä kuvatuin tavoin) vaihtelevana.” Tämä tuntuisi mielestäni taas puhuvan toiseen suuntaan. Kursivointi Jonkan.

627 Jonkka 1992, s. 112 – 114.

628 Ennakkopäätös on ollut merkillepantava muiltakin näkökannoilta, kuten edellä näyttökynnyksen asettajaa ja sen vaihtelua koskevissa asiayhteyksissä, ja myös esittelijän mietinnössä olevan robustiusviittauksen

KKO käyttivät tätä kynnyksen muotoilua, tosin KO ja HO puhuivat epäilyksestä, KKO epäilystä. Kysymys oli tappoa koskevasta syytteestä: X:ää syytettiin Y:n surmaamisesta työntämällä tämä laivalta mereen.⁶²⁹ KKO päätyi syyksilukevaan lopputulokseen seuraavalla muotoilulla:

”Kun verrataan syytettä tukevaa ja sitä vastaan puhuvaa näyttöä, erityisesti D:n esitutkintakertomuksesta ja I:n kertomuksesta ilmenevät syytettä tukevat seikat ovat niin vakuuttavia, että ei jää sijaa varteenotettavalle epäilylle X:n syyllisyydestä.”

Varteenotettava epäily sisältyy oikeudenkäymiskaareen myös toisessa käytöyhteydessä 1.1.2011 alkaen, eli OK 26:15:ssä eräänä kriteerinä hovioikeuden velvollisuudelle toimittaa pääkäsittely. Tätä tilannetta käsittelen erikseen minististusharkintoja koskevassa jaksossa.

5.8.3.2 HD ja utom rimligt tvivel

5.8.3.2.1 Ensi kerta: NJA 1980 s. 725

HD on soveltanut utom rimligt tvivel -näyttökynnystä jo 1970-luvulta lähtien.⁶³⁰

Ruotsin HD sovelsi, kynnyksen mainiten, utom rimligt tvivel -näyttökynnystä jutussa NJA 1980 s. 725.⁶³¹ Syytteessä oli kysymys A:n Marianne ja Mariaa kohtaan sekä L:n Ulla-Brittiä kohtaan tekemiksi väitetyistä seksuaalirikoksista. HD toimitti suullisen käsittelyn, jossa se kuuli syytettyjä ja Mariaa sekä Ulla-Brittiä. Mariannen osalta luettiin ääneen aukikirjoitettu tallenne hänen kertomuksestaan HO:ssa, ja A:n tuomio hänen osaltaan jätettiin voimaan.⁶³² Sen sijaan Marian ja Ulla-Britin kohdalla todistusharkinta oli monisyysempi.

kannalta. – Frände 1998, s. 1249 alaviiteessä huomauttaa, että ennakkopäätöksessä KKO 1998:83 tultiin kuitenkin jo ”hyvin lähelle”; ratkaisusta puuttui ”oikeastaan vain ilmaisu ”järkevä epäily”.

629 KO ja HO lausuivat ”ei järkevää epäilystä” -kynnyksen lisäksi vielä näytön riittämättömyydestä tai riittävydestä (”ei luotettavasti selvitetty”; ...katsoi selvitetyn”), KKO muotoili todistusharkinnan lopputuloksen kynnysilmaisun varaan.

630 Frände 1998, s. 1249 alaviite 5. Käsittääkseni kuitenkin ensimmäinen ratkaisu, jossa HD nimenomaisesti käytti tätä näyttökynnystä sen esiintuoden, oli NJA 1980 s. 725: Diesen 1994, s. 120 – 123 (ensin väärä numero). Toinen oli NJA 1982 s. 164, ks. Diesen 1994 s. 123 – 127.

631 Felaktigt dömda 2006, s. 41. Työryhmä katsoo (tuon oikeustapauksen osoittavan), että näytön on suljettava vaihtoehtoiset tapahtumainkulut pois ”med styrka” eikä siis riitä, että syyttäjän esittämä tekoväite on todennäköisempi kuin syytetyn syyttömyys.

632 HD käytti ”klassisia” kriteereitä ääneen luetun, kirjoitetun tallenteen arvioimiseen: ”Mariannes berättelse är sammanhängande, klar och detaljerad. Det finns inte någon punkt i den som ter sig svärförklarlig eller som eljest ger anledning betvivla att berättelsen återger vad som verkligen inträffat. Det har inte gjorts gällande, att Marianne skulle ha i något hänseende frångått de uppgifter hon lämnade vid sin polisanmälan, vilken gjordes omedelbart efter händelsen. Något beaktansvärt skäl till att Marianne skulle ha velat sanningslöst tillvita A brottslig gärning har inte framkommit. Med hänsyn till vad sålunda anförts förtjänar Mariannes berättelse tilltro i sådan grad, att åtalet mot A för övergrepp mot Marianne måste anses styrkt. Brottet är att bedöma som våldtäkt.” – HD ei siis käyttänyt Mariannen osalta syyksilukemisessa bortom rimligt tvivel -kynnystä, vaan toisenlaista muotoilua.

Selostettuaan laajasti kertomuksia HD tiivistä loppupäätelmänsä, joka johti seksuaalirikossyytteiden hylkäämisen näiden osalta, näin:

”Mot bakgrunden av det anförda måste man ställa sig frågande till åtskilligt av vad flickorna anför. Det kan visserligen inte sägas vara ett orimligt antagande att händelseförloppet i avgörande delar utspelat sig så som flickorna gjort gällande i HD. Detta är dock självfallet inte tillräckligt för en fällande dom. Inte heller räcker det att flickornas berättelser må kunna anses förtjäna tilltro framför männens. För att A eller L skall kunna dömas för att ha tilltvingat sig sexuellt umgänge med någon av flickorna måste det vara ställt utom rimligt tvivel att han gjort sig skyldig härtill. Det måste anses föreligga betydande utrymme för sådant tvivel med avseende på A och detta gäller än mer beträffande L. Ingen av dem kan följaktligen fällas till ansvar i denna del.”

5.8.3.2 Eliminointitodistelut: NJA 1991 s. 56

Seuraavissa kahdessa ratkaisussa HD kävi rajaa sen osalta, milloin varteenotettava epäily ei tule poissuljetuksi. Ratkaisu NJA 1991 s. 56 koskee ”eliminointitodistelua”, ratkaisun NJA 1999 s. 480 taas on luonnehdittu koskevan rakenteellista näyttöä.

NJA 1991 s. 56 koski syytettä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta saarella. Syytteen mukaan A.Ö. oli ensin pahoinpidellyt A.I.:tä ja sitten, tultuaan käsitykseen, että tämä oli kuollut, sytytti tulipalon hävittääkseen ruumiin. Kysymys oli siitä, oliko langettavaan tuomioon riittävää, että kaikki muut mahdolliset hypoteesit suljettiin pois; toisin sanoen, voitiinko langettava tuomio perustaa yksin negatiivisiin seikkoihin ilman että esitetään näyttöä, joka koskee olennaisia osia tapahtumainkulusta ja sitoo syytetyn ”positiivisesti” tekoon. Näyttö syytettyä vastaan koostui pääasiallisesti siitä, että selvitys ei viitannut kenenkään muun kuin syytetyn ja uhrin olleen kyseisellä saarella.⁶³³

HD totesi, että A.I. ei ollut joutunut tuleen tapaturmasta tai oman toimintansa johdosta, vaan toisen ihmisen toiminnan seurauksena, ja että hänen päähaavansa ovat johtuneet lyönneistä kovalla esineellä. Myöhempi tapahtumainkulku huomioon ottaen oli vahva syy epäillä, että se, joka oli yrittänyt polttaa A.I.:n ruumiin, oli ennen sitä pahoinpidellyt häntä lyömällä mainituin tavoin.

Syyttäjä oli vedonnut siihen, että tietävästi A.Ö. ja A.I. olivat tuolloin olleet ainoat henkilöt saarella. HD lausui tästä seuraavasti:

⁶³³ ”Gymmerholmsfallet”: Dahlman 2018, s. 162 – 163. Ratkaisusta myös Felaktigt dömda 2006, s. 41.

”Att grunda en fällande dom enbart på den negativa omständigheten att utredningen inte synes ge utrymme för någon alternativ gärningsman kan endast i undantagsfall komma i fråga. Som regel måste därutöver krävas åtminstone stödjande bevisning som klargör de väsentliga delarna av händelseförloppet och positivt knyter just den tilltalade vid brottet. I förevarande fall har utredningen visserligen inte gett något stöd för att någon annan person befunnit sig på Gymmerholmen när brotten begicks. Någon säkerhet för att så inte varit fallet kan emellertid inte anses föreligga.”

HD kävi läpi syyttäjän esittämät seikat, jotka tämän mukaan sitoisivat A.Ö.:n tekoon, ja pitikin erästä tapahtumainkulun variaatiota johdonmukaisena ja loogisena, mutta katsoi, että kysymys oli kuitenkin suurelta osin hypoteeseista, joilta puuttui teknisen selvityksen antama tuki. Eräät muut argumentit HD hylkäsi suoremmin. HD totesi todistusharkinnan vaikeaksi ja loppupäätelmänään katsoi, että varteenotettavaa epäilystä ei ollut häivytetty:

”Bedömningen i målet försvåras ytterligare av att det inte finns någon förklaring till att gärningsmannen, om han velat undanröja spåren av en mot A.I. utförd våldshandling, valt en ovanlig och föga rationell metod för att nå detta beslutat. Osäkerhet skapas också av att det inte klarlagts under vilka omständigheter och vid vilken tidpunkt A.I. konsumerat den alkohol som lett till den vid den rättskemiska undersökningen efter hans död konstaterade höga alkoholkoncentrationen av 1,6 promille i hans blod och 3,6 promille i hans urin.

Inte heller vid en samlad bedömning av de omständigheter som behandlats i det föregående och av den utredning som i övrigt åberopats i målet kan det anses ställt utom rimligt tvivel att A.Ö. tillfogat A.I. kroppsskada och av aktsamhet orsakat hans död. Åtalet för misshandel och vållande till annans död skall därför ogillas.”

5.8.3.2.3 Hallussapito ja tietoisuus: NJA 1999 s. 480

Ratkaisun NJA 1999 s. 480⁶³⁴ on luonnehdittu koskevan rakenteellista eli struktuurista näyttöä eli todistelua, joka koostuu useista seikoista, jotka eivät ole kausaaliyhteydessä tekoon mutta jotka yhdessä muodostavat rakennelman (”struktuurin”), joka tekee sen selitettävissä olevaksi tai ymmärrettäväksi. HD:n harkittavana oli, riittikö todistelu langettavaan tuomioon.

Jutussa oli kysymys aseiden luvaton hallussapitoa koskevasta syytteestä: B. S. oli MC-klubilla järjestetyn juhlan yhteydessä ollut eräässä vahtikojussa, josta oli tavattu kaksi muovikassia, molemmissa sisältönään pistooli. Kysymys oli siitä, olivatko aseet olleet B. S.:n hallussa Ruotsin aselaissa tarkoitetulla tavalla. Hän väitti, ettei ollut ollut niistä tietoinen. HD lausui:

634 Ratkaisusta myös Felaktigt dömda 2006, s. 41 – 42.

”I målet har inte gjorts gällande att B.S. själv skulle ha placerat pistolerna i kojan eller att han på något annat sätt tagit omedelbar befattning med dessa. Pistolerna har emellertid varit placerade på ett sådant sätt att B.S. haft möjlighet att utöva omedelbar kontroll och rådighet över dem.”

Kun kerhon edustaja oli antanut B. S.:lle tehtäväksi olla valvomassa kojusta käsin juhlapaikkaa ja ympäristöä, syyttäjä väitti B.S.:n samalla saaneen tiedon pistooleista ja tehtäväksi joka tapauksessa tulleen pitää aseita silmällä. HD lausui kuitenkin seuraavaa:

”B.S:s egna uppgifter är den enda bevisning i målet som direkt avser vad som ingått i hans uppdrag och vilken information han fått i samband med detta. Vid sidan av de faktiska omständigheterna kring det påstådda brottet har åklagaren till stöd för åtalet främst framhållit en rad olika hjälpfakta som sammantaget skulle bidra till att ge tillräckligt stöd för slutsatsen att det är ställt utom rimligt tvivel att B.S. genom uppdraget också fått tillgång till pistolerna.

Åklagaren har sålunda bl a pekat på att Gammelstadens MC var en s k hangaround-klubb till Hells Angels, att det förväntades att klubben den aktuella kvällen skulle upphöjas till s k prospect-klubb, att det förekommit upprepade våldsdåd mellan anhängare av MC-klubbarna Hells Angels och Bandidos som bl a innefattat beskjutningar av klubblokaler, att säkerheten kring klubbområdet höjts under den föregående veckan bl a genom uppsättande av stängsel med taggtråd, att MC-klubbarna har en hierarkisk uppbyggnad med långtgående krav på lojalitet samt att B.S. tidigare varit s k prospect i Gammelstadens MC och fortfarande hade regelbundna kontakter med klubben.

Vad åklagaren sålunda anför är visserligen sådana omständigheter som kan påverka bevisbedömningen. Mot B.S:s bestridande kan det emellertid inte anses styrkt att han haft kännedom om pistolerna. Åtalet skall därför ogillas.”

HD:n perusteluissa keskeiseksi ”välikysymykseksi” näyttää nousseen se, min-käläinen B.S.:n tehtävä oli ollut ja mitä hänelle oli sitä annettaessa kerrottu. Kysymys ei ollut siitä, että hän olisi niin sanotusti ”muina miehinä” ollut kojussa aikaa viettämässä. Syyttäjän mainitsemat seikat olivat tarkoitetut osoittamaan, että B.S. oli selvillä, paitsi aseiden paikallaolosta, myös siitä, että hänellä oli ”tillgång till pistolerna”. Joka tapauksessa se, oliko hän tehtävänannossa saanut myös ”tillgång till pistolerna”, on muotoiltu seikaksi, jota koskee utom rimligt tvivel -kynnys. Syyte kaatui kuitenkin jo siihen, että hänellä ei näytetty olleen tietoisuutta aseista, siis että tietoisuuden näyttökynnys ei ylittynyt.

HD ei siis lopulta käyttänyt ilmaisua, joka olisi viitannut epäilyksen jäämiin, vaan perusteli yksinkertaisesti, ettei ollut näytetty (styrkt) B. S.:n olleen

pistooleista tietoinen. Mahdollisuus ”utöva omedelbar kontroll och rådighet över dem” oli kuitenkin riidaton tai näytetty todistustositseikka. Käsittääkseni HD:n perustelun voi jäsentää niin, että alimman tason todistustositseikka on tietoisuus aseista. Seuraavan tason totiseikka, oikeustositseikka, on ”tillgång till pistolerna” eli jonkinasteinen määräysvalta niihin. Tietoisuus ei sisällä valtaa, mutta määräysvalta sisältää tietoisuuden. Jos näkee poliisimiehen kadulla ja tällä aseenn kotelossaan, tulee tietoiseksi aseesta, mutta tietoisuus ei ole rangaistavaa. HD:n ratkaisun perustelutapa on looginen: syyttäjä yritti todistaa oikeustositseikan eli sen, että määräysvallan olemassaolosta ei jää varteenotettavaa epäilyä. Jos se olisi onnistunut, tietoisuus olisi ollut mukana luonnollisena edellytyksenä. HD katsoi kuitenkin, ettei edes tuota alemman tason totiseikkaa, todistustositseikkaa ’tietoisuus’, ollut näytetty toteen. Syyte kaatui jo siihen.

Toisaalta hallussapito on kompleksinen käsite. Jos hallussapito mielletään oikeustositseikkaksi, se rikostunnusmerkistön osana edellyttää tietoisuutta siitä, mitä pidetään hallussa – samoin kuin kaikei mahdollisuutta kontrolloida sitä ja ainakin jonkinlaista mahdollisuutta käyttää määräysvaltaa. Näitä kolmea voisi pitää todistustositseioina sen tueksi, että oikeustositseikka eli tunnusmerkistökijä hallussapito on tosi. Tietoisuus on kuitenkin todistustositseioista alimmalla tasolla.

Felaktigt dömda -työryhmä on katsonut tästä ratkaisusta ”seuraavan”, että strukturaaliset todisteet ”aldrig torde vara tillräckliga för en fällande dom”.⁶³⁵ Pidän tätä suorasukaista johtopäätöstä virheellisenä. Tietoisuuteen näyttö ei vain riittänyt. HD ei tyrmää syyttäjän esilletuomia seikkoja sellaisinaan, vaikka nimittääkin niitä aputositseioiksi. HD arvioi niillä mahdollisesti olevan merkitystä ja luettelee ne tarkoituksessa tutkia, riittävätkö ne yhdessä syyttäjällä olevaan näyttötehtävään. Tässä eli B. S.:n tapauksessa noiden seikkojen kokonaisuus ei riittänyt tietoisuuden näyttökynnyksen ylittymiseen (”styrkt”). – Jos syyttäjän luettelemat seikat katsotaan todella aputositseioiksi, kysymys olisi ehkä ollut strukturaalisesta näytöstä. Itse katsoisin ne kuitenkin todistustositseioiksi: niillä on syysuhde teemaan ’tillgång till pistolerna’. Jokainen niistä tukee tuota teemaa.

5.8.3.3 EIT ja beyond reasonable doubt

EIT omaksui brd-näyttökynnyksen rikosasioissa, mutta omanlaisenaan, Suuren jaoston ratkaisussa *Irlanti v. Yhdistynyt kuningaskunta* 18.1.1978.⁶³⁶ Tässä rat-

635 Felaktigt dömda s. 43.

636 Kohdan 161 ensimmäisen kappaleen viimeisestä virkkeestä näkyy, että komissio oli jo ehtinyt soveltaa standardia eräässä tapauksessa: ”As in the ”Greek case” (Yearbook of the Convention, 1969, The Greek case, p. 196, para. 30), the standard of proof the Commission adopted when evaluating the material it obtained was proof ”beyond reasonable doubt”. – Ks. myös Strandbakken 2003, s. 340 – 344. Hän pohdiskelee kysymystä, sisältääkö EIS 6.2 artikla rikosoikeudellisen näyttökynnyksen. Hän pohtii kuitenkin lähinnä ilmaisujen ”any doubt” ja ”reasonable doubt” suhdetta eikä mainitse vuoden 1978 ratkaisua.

kaisussa⁶³⁷ oli kysymys Pohjois-Irlannin väkivaltaisesta tilanteesta. EIT lausui kohdan 161 viimeisessä kappaleessa:

”... To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof ”beyond reasonable doubt” but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the Parties when evidence is being obtained has to be taken into account.”

Samalla⁶³⁸ EIT omaksui sekä vapaan todistelun että vapaan todistusharkinnan.

27.11.2014 antamassaan tuomiossa *Lucky Dev v. Ruotsi* 27.11.2014⁶³⁹ EIT oli, paitsi väitetyn ne bis in idem -loukkauksen, myös sen kysymyksen edessä, pitäisikö veroviranomaisen soveltaa veronkorotusta määrätessään brd-standardia: valittajan mukaan veroviraston tarvitsi näyttää vain todennäköiseksi, että veroilmoitus ei kelvannut verotuksen perustaksi, vaikka veronkorotusta EIT:n tulkinnan mukaan pidettiin rangaistuksenluontoisena (ja siis myöhemmän rikosprosessin estävänä ne bis in idem -säännön perusteella). Harkinnassaan EIT viittasi kahteen aikaisempaan Ruotsia koskeneeseen ratkaisuunsa ja katsoi tilanteessa olevan kysymys presumptios- ta, jota vastaan verotettava voi tuomioistuimessa protestoida ja onnistuessaan saada veronkorotuksen automaattisesti poistetuksi. EIT hyväksyy presumption, ”in principle, if applied reasonably proportionate to the aim – that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributed to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose tax surcharges as a penalty for that act”. Lisäksi EIT viittasi yksilön puolustautumismahdollisuuksiin, kuten verovalitukseen valtion fiskaalisiin intresseihin ja väärrien tai epätäydellisten tietojen sanktiomah- dollisuuden tarpeellisuuteen verotusjärjestelmässä, joka perustuu veronmaksajana antamaan informaatioon. Näin se päätyi lopputulokseen, että sama näyttökynnys veronkorotuksen määräämiseen riittää kuin veron määräämiseen yleensäkin. Tältä osin⁶⁴⁰ ei siis ollut loukattu 6 artiklaa.

Jutussa *Nachova ym. v. Bulgaria* 6.7.2005 (GC) oli keskeisesti kysymys näyttö- kynnyksistä. EIT lausuu jopa näyttökynnyksen joustavuudesta. EIT teki kuiten- kin selväksi, että se tulkitsi brd-standardia oman käytäntönsä mukaan eikä ollut riippuvainen kansallisten tuomioistuinten tulkinnosta. Väitettyä rotusyrjintää ynnä muuta koskeneessa jutussa oli mukana väliintulijana European Roma Rights

⁶³⁷ Ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 216 – 217.

⁶³⁸ Kohdat 209 ja 210.

⁶³⁹ *Lucky Dev v. Ruotsi* 27.11.2014, kohdat 66 ja 67.

⁶⁴⁰ Toisin kuin kaksinkertaisen prosessin kohdalla, jossa siis 6 artiklaa oli loukattu.

Centre (ERRC). EIT selosti sen lausumaa jaostovaiheessa 26.2.2004 kohdissa 152 – 154. Lausumassa näkyy eräitä brd-kynnykseen liittyviä fundamenteja:

152. ERRC esitti, että EIT:n oli välttämätöntä arvioida uudelleen sen lähtökohdat EIS 14 artiklan tulkinnassa jutuissa, joissa on kysymys väitetystä syrjinnästä rodun tai etnisen syntyperän perusteella ja erityisesti tarkistaa sen kanta sellaisissa jutuissa sovellettaviin näyttökynnykseen ja todistustaakkaan.

153. ERRC nojautui seuraaviin argumentteihin:

- (i) Mikään kohta EIS:ssa tai EIT:n säännöissä ei sisällä erityisen näyttökynnyksen mandaattia – kansainväliset tuomioistuimet asettavat sopivimmat standardit kokemuksensa perusteella;
- (ii) nykyisin käytetty brd-kynnys, jonka jotkut luonnehtivat tarkoittavan 95 %:n tai suurempaa tosiseikkojen todennäköisyyttä, soveltuu paremmin rikosprosesseihin;
- (iii) kun sitä sovelletaan hengen riistämistä, kidutusta, epäinhimillistä tai halventavaa kohtelua koskevien syrjintävalitusten yhteydessä, hakijan oli mahdollonta ylittää sitä, kun hänellä ei ole dokumentoituja ohjeita tai valtion viranomaisen antamia erityistä tunnustamista siitä, että jonkun etnisyys vaikutti 2 tai 3 artiklaa loukkaavaan kohteluun, oli vaikea kuvitella, min-käläinen näyttö riittäisi brd-kynnykseen;
- (iv) erilainen kohtelu rodun tai etnisyyden perusteella oli erityisen paha ja siltä suojeleminen oli erityisen tärkeää,
- (v) aineellisten oikeuksien tehokkaan suojan ja vaaditun näyttötaakan jakamisen ja näyttökynnyksen välillä oli läheinen suhde, ja siten oli välttämätön tarve käytännön muuttamiselle;
- (vi) kansainvälinen ja vertaileva lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö syrjintäkanteiden suhteen erityisesti EU:ssa ja sen jäsenvaltioissa, kuten myös USA:ssa, kuvasti selvää ja voimistuvaa trendiä siirtää näyttötaakka loukanneelle osapuolelle; vaikka suurin osa tuosta lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä koski syrjintää työelämässä, sen perusteita – jotka pohjautuivat siihen tosiseikkaan, että työnantaja oli vahvemmassa asemassa kuin työntekijä – tulisi soveltaa a fortiori vakavammassa, yksilön valtioon kohdistaman syrjintäväitteen yhteydessä;
- (vii) EIT ei ollut epäroinyt siirtää todistustaakkaa, kun se on ollut tarpeen asianmukaisen suojelun varmistamiseksi, kuten artiklan 2 ja 3 nojalla tehtyjen, huollettavana olleen henkilön kuolemaa tai loukkaantumista koskevien valitusten yhteydessä ja pöytäkirjan nro 4 artiklan 4 nojalla tehtyjen valitusten yhteydessä, tai keventää sitä presumtioilla ja päätelmillä. Se oli myös turvautunut muihin innovatiivisiin lähestymistapoihin, kuten tuonut esiin valtion prosessuaalisia velvollisuuksia, jotka kuuluivat luonnostaan EIS:n ai-neellisiin määräyksiin. Sellaisia toimenpiteitä tarvittiin artiklan 14 kohdalla.

154. Edellä sanotun perusteella ERRC katsoi, että kun oli väitetty henkilön rodun tai etnisen syntyperän olleen vaikuttamassa EIS:n loukkaamiseen ja kun sitä tuki ”vakuuttava näyttö” (”convincing evidence”), standardi, jonka jotkut katsoivat edellyttävän 75 %:n faktatodennäköisyyttä, silloin EIT:n tulisi velvoittaa vastaajavaltio suorittamaan tutkinta, joka pystyisi osoittamaan syrjintävalituksen oikeaksi tai vääräksi. Jos valtio epäonnistuisi tässä, se tukisi päätelmää, että 14 artiklaa oli loukattu.

EIT:n jaosto lausui muun ohella seuraavaa:

166. EIT on monissa yhteyksissä katsonut, että sen soveltama näyttökynnys on ”brd”, mutta se on tehnyt selväksi, että tuon standardin ei pitäisi tulkita edellyttävän niin suurta todennäköisyyttä kuin rikosoikeudenkäynneissä. Se on päättänyt, että näytetyksi katsominen voi olla seurausta riittävän, vahvojen, selvien ja yhdenmukaisten päätelmien yhdessä esiintymisestä tai samanlaisista kumoamatta jääneistä tosiseikkapresumtioista. *EIT:n käytäntönä on ollut sallia joustavuutta ottaen huomioon vaakalaudalla olevan aineellisen oikeuden luonne ja asiaan liittyvät näyttövaikeudet. Se on vastustanut esityksiä jäykkien todistelusääntöjen luomisesta ja pitänyt tiukasti kiinni kaiken näytön vapaan harkinnan periaatteesta.*⁶⁴¹ EIT on myös tehnyt tiettäväksi, että sen tehtävä on päättää valtion vastuusta kansainvälisen lain nojalla eikä rikosoikeudellisesta syyllisyydestä. Lähestymistavassaan todistelun ja toteennäyttämisen kysymyksiin se ottaa huomioon EIS 19 artiklaan perustuvan tehtävänsä ”varmistaa Korkeiden Sopimuspuolten tekemien sitoumusten noudattaminen”, mutta ei jättää huomiotta sitä tosiseikkaa, että Sopimusvaltion kannalta on vakava asia, että sen katsotaan loukanneen perusoikeutta.

Suuri jaosto otti valituksen käsiteltäväksi. Myös se lausui 6.7.2005 antamassaan tuomiossa kohdassa 147 todistelukysymyksistä:

”[EIT] huomauttaa tässä yhteydessä, että arvioidessaan näyttöä EIT on ottanut käyttöön näytön standardin ”beyond reasonable doubt”. Sen tarkoituksena ei kuitenkaan ole koskaan ollut lainata tuota standardia käyttävien kansallisten oikeusjärjestelmien lähestymistapaa. Sen roolina ei ole määrätä rikos- tai siviilioikeudellista vastuusta, vaan jäsenvaltioiden EIS:een perustuvasta vastuusta. Sen tehtävän erityisyys EIS 19 artiklan mukaan – varmistaa, että jäsenvaltiot noudattavat toiminnassaan EIS:n vahvistamia perusoikeuksia – määrittää sen lähestymistavan näytön ja todistelun kysymyksiin. *EIT:ssä tapahtuvassa menettelyssä ei ole olemassa prosessuaalisia esteitä todistelun sallittavuudelle tai ennalta määrättyjä kaavoja sen harkinnalle. Se tekee ne johtopäätökset, joita sen näkemyksen mukaan kaiken näytön vapaa harkinta tukee, tuohon todisteluun sisältyen sellaiset päätelmät, jotka voivat johtua*

641 Kursivointi JR.

tosiseikoista ja asianosaisten esityksistä. Sen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan todistetuksi tuleminen voi seurata siitä, että käsillä on samaan aikaan riittävän vahvoja, selviä ja yhdensuuntaisia päätelmiä tai samanlaisia tosiseikkojen presumtioita, joita ei ole kumottu [unrebutted presumptions]. Lisäksi vakuuttavuuden aste, joka on välttämätön tiettyyn johtopäätökseen tulemiseksi, ja tässä yhteydessä todistustaakan jako ovat luontaisesti yhteydessä tosiseikkojen spesifisyyteen, esitetyn väitteen luonteeseen ja kysymyksessä olevaan EIS:n tarkoittamaan oikeuteen. Tuomioistuimien ottaa myös huomioon sen vakavuuden, mikä jäsenvaltion tekemän perusoikeuksien loukkauksen vahvistamisella on.”⁶⁴²

EIT tuo siis esiin, että kysymyksessä on ollut erehdys: EIT:n tehtävänä on määrätä valtion vastuusta kansainvälisen oikeuden mukaan eikä syyllisyydestä rikoslain mukaan. Sitä, että se käyttää ilmaisua ”brd”, ei pidä sekoittaa rikosasian näyttöstandardiin, kuten se ymmärretään kansallisten lakien mukaan.⁶⁴³ Muutoksia vaativa argumentointi on perustunut myös väärinkäsitykseen siitä, mitä EIT tarkoittaa ”proof brd:lla”. EIT:n juridiikassa tuo standardi on kohdassa 147 ilmenevällä tavalla vaihteleva ja asiayhteydestä riippuvainen.

5.9 Todistustaakan ja näyttökynnyksen erityiskysymyksiä

5.9.1 Näyttökynnys on ylitettävä jokaisen oikeustositseikan kohdalla

On tärkeää erottaa kuhunkin rikosasian syytteen tai riita-asian oikeustoimen tunnusmerkistötekijään kohdistuvat näytöt toisistaan. Vastaavasti on tärkeää erottaa samaan tunnusmerkistötekijään kohdistuvat eri näytöt toisistaan. Miksi tämä on tärkeää?

Samaan tunnusmerkistötekijään eli oikeustositseikkaan kohdistuvaa näyttöä voidaan tietyin edellytyksin teoriassa laskea bayesilaisittain tai matemaattisen koulukunnan esittämien tavoin yhteen – tai voitaisiin, jos numeroarvoja olisi olemassa. Jos taas kannatetaan niin sanottua kertomusmallia, voidaan vastaavasti saman tunnusmerkistötekijän paikkansapitävyys arvioida kokonaisharkinnalla niiden todistustositseikkojen perusteella, jotka ovat todistelussa kohdistuneet siihen oikeustositseikkaan. Yhdistelyn mahdollisuus ei ole riippuvainen sovelletusta harkintametodista.

⁶⁴² Kursivointi JR.

⁶⁴³ EIT tuo toisaalta esille yleisenä sääntönä olevan, että todistusharkinta kuuluu kansallisille tuomioistuimille ja että EIT:n tarkoituksena ei normaalisti ole korvata niiden suorittamaa harkintaa omalla todistusharkinnallaan: esimerkiksi *Klaas v. Saksa* 22.9.1993 kohta 29.

Eri tunnusmerkistötekijöihin kohdistuvaa näyttöä ei sen sijaan lähtökohdaisesti voida laskea yhteen sillä tavoin kuin bayesilaisen tai matemaattisen koulukunnan esittämällä tavalla tiettyyn seikkaan kohdistuvaa erilaista näyttöä voitaisiin laskea yhteen. Mutta noudatetaan mitä todistusteoriaa tahansa, ei myöskään kokonaisharkinnassa voida lähtökohtaisesti ottaa toiseen tekijään kohdistuvasta näytöstä vetoapua toisen tunnusmerkistötekijän liian heikon näytön tilkkeeksi. Siitä, onko syytetyllä ollut kostonhimoa asianomistajaa kohtaan, ei (yleensä) voida päätellä, onko hän ollut tekopaikalla X ajankohtana Y⁶⁴⁴. Vastaa- vasti siitä, onko kantaja X kalastanut kaloja, jotka hän on antanut vastaaja Y:lle, ei voida päätellä, ovatko X ja Y tehneet työ sopimuksen keskenään – ei vaikka Y olisi joskus antanut X:lle neuvoja ja ”valvontaakin” kalastuksen suorittamisesta.

Äsken sanottu edellyttää kuitenkin, että oikeustositseikat ovat riippumattomia toisistaan. Jos kompleksisen seikaston ”tahallisuus” katsotaan sisältävän dolus eventualis -muodossa kaksi oikeustositseikkaa, yli 50 %:n todennäköisyyden uhrin kuolemasta, jos hän tekee surmateon, ja syytetyn tietoisuuden tästä todennäköisyydestä, seikat eivät ole toisistaan riippumattomia. Syytetty tietää onnistuvansa helpommin, jos tietää osuvansa elintärkeisiin kohteisiin, joissa todennäköisyys on yleisen elämäkokemuksen – ja siis hänenkin (ainakin presumoidun) kokemuksensa - mukaan paljonkin suurempi kuin 50 prosenttia.⁶⁴⁵

Sama *todiste*, esimerkiksi todistajankertomus, sen koko sisältö tai sisällön osat, saattaa olla näyttönä useampaankin todistustositseikkaan ja myös useampaan oikeustositseikkaan. Tällöinkin kertomuksen sisällön kredentiaaleja, painoarvoa, uskottavuutta ja merkitystä on arvioitava itsenäisesti jokaisen teeman kohdalla. Uskottavuuteen vaikuttamassa juuri todistajakertomuksen kohdalla voi olla yhteisiä tekijöitä (ystävyyys, sukulaisuus), mutta tästä ei voi tehdä johtopäätöstä, että kertomus olisi jokaisen sisällön osan kohdalla yhtä uskottava tai epäuskottava. Käytäntö osoittaa asian olevan monesti juuri päinvastoin, ja tuomarin – sekä vastapuolen asianajajan - ammattitaitoon kuuluu huomata ne kohdat, joissa kertoja tulee ”heikolle jälle”.

Kolflaath on kuvannut tilanteen, jossa oikeustositseikkaan kohdistuu kahdessa ketjussa ja portaassa useita todistustositseikkoja.⁶⁴⁶ Hän lausuu, että mitä useampi päättelyketju tukee oikeustositseikkaa, sitä suurempi varmuus sen to- tuudesta on. Seurauksena tästä on, että näyttövaatimus voi olla täytetty ilman, että jokainen yksittäinen todistusketju täyttää näyttövaatimuksen.⁶⁴⁷

644 Tarkkaan ottaen paikallaolo surmapaikalla ei sellaisenaan ole oikeustositseikka, mutta se voi olla tekotavasta riippuen välttämätön edellytys surmateolle. Läsnaölo ei tee kenestäkään vielä surmaajaa. Rikospaikka voi kuitenkin olla myös oikeustositseikka, jos esimerkiksi teko on rikos vain tiettyssä paikassa tehtynä.

645 Siihen, onko oikeustositseikkana tahallisuus vai ovatko nuo kaksi seikkaa kumpikin sellaisia, palataan myöhemmin.

646 Kolflaath 2003, s. 84. Hänen kuviossaan kolmannen portaatan alhaalla muodostaa vielä seulomaton aineisto, todistusdata.

647 Kolflaath 2003, s. 84 ja alaviite 94, jossa hän viittaa HR:n ratkaisun Rt 2005–1353 kohtaan 14. Siinä lausutut

Asiaa voidaan havainnollistaa eräillä ratkaisuilla Norjan Høyesterett'in oikeuskäytännöstä.

HR:n ratkaisussa **Rt-2005-1353** oli kysymys huumausainerikoksesta. Vastaajaa syytettiin muun ohella siitä, että hän oli 21.7.2000 kuljettanut matkalaukussa 3,8 kiloa heroiniä Istanbulista Müncheniin. Hän kiisti tietoisuutensa laukun sisällöstä ja kertoi luulleensa, että laukussa oli salakuljetustimantteja. Pääkysymys lagmannsrett'issä oli, oliko vastaajalla ollut tahallisuus (utvist forsett) suhteessa siihen, että kysymys oli huumausaineista. Todistelussa tuotiin esille se syytteen piiriin kuulumaton väite, että hän oli avustanut toista henkilöä, tämän kertoman mukaisesti, kuljettamaan 13. ja 14.7.2000 kokaiinia kehoon ja vaatteisiin kiinnitettynä Madridista Ruotsiin. Lagmannsrett'in puheenjohtajan lagrett'ille (maallikkotuomareille, ”valamiehistölle”) tekemän yhteenvedon (rettsbelæring) johdosta HR:ssa oli kysymys siitä, mitä näyttökynnystä (brd vai bop, overbevist kuten rikosjutuissa yleensä vai overveiende sannsynlig eli overvekt) oli sovellettava tähän todistustositseikkanaan. Todistusteemana ja toteennäytettävänä oikeustositseikkana oli siis, oliko vastaaja osoittanut tahallisuutta (utvist forsett) sen seikan suhteen, että kysymys oli huumausaineista. HR lausui kohdassa 14 seuraavasti:

”Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode er en bærebjelke i straffeprosessen. Kravet gjelder for bevisresultatet som sådan – i vår sak om A hadde utvist forsett med hensyn til den omstendighet at det dreide seg om narkotika. Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen. Dette må også gjelde når et mulig straffbart forhold som ikke omfattes av tiltalen, er trukket inn som et bevismoment. Etter min mening er det dette rettsformannen har gitt uttrykk for når rettsbelæringen leses i hele sin sammenheng.”

Koska todistusteemana ja oikeustositseikkana on ”tahallisuus” tai ”tietoisuus, että kysymys on huumausaineista, tahallisuuden osoittajana” on perusteltua ymmärtää HR:n tarkoittavan tässä termillä ”moment” todistustositseikkoja. Tätä osoittaa selvästi myös muotoilu ”... et.. forhold ... er trukket inn som et bevismoment”.

Ratkaisussaan **HR-2012-1117-U (Rt-2012-856)** kohdassa 38 HR viittaa edellä mainittuun ratkaisuun, tosin lähinnä termin ”overbevist” merkityksen kohdalla:

todistusharkintaa kokonaisarviointina koskevat huomautukset voidaan hänen mukaansa ehkä tulkita näin. Kolflaath lausuu vielä, että suurempi leviäminen voi kompensoida korkeudessa olevat heikkoudet.

”I Rt-2004-1063 avsnitt 8 ble det påpekt at « [k]ravet til skyld i straffesaker kan uttrykkes på forskjellige måter, blant annet slik det er gjort i rettsbelæringen om at man etter en totalvurdering av alle momenter i saken må være overbevist om skylden ». At bruk av formuleringen « overbevist » ikke står i motstrid med kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, er også forutsatt i Rt-2005-1353 avsnitt 10 og 15 og i Rt-2009-496 avsnitt 18. Ankeutvalget finner det klart at det heller ikke i saken her er holdepunkter for at lagmannsretten har lagt noe annet i formuleringen enn at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.”

Se, mitä HR lausuu ilmausten ”overbevist” ja ”rimelig tvil ska komme tiltalte til gode” yhteensopivuudesta, pitää paikkansa. Tässä perustelussa on kuitenkin ongelmallista löysä viittaus aikaisempaan ratkaisuun eli se epävarmuus, mitä HR lienee tässä tarkoittanut ilmaisulla ”alle momenter i saken”. Tulkitsen tämänkin tarkoittavan todistustositseikkoja. Jos ”moment” tarkoittaisi tässä *oikeustositseikkaa*, lausuma ei voine olla oikea, jos kerran jokainen oikeustositseikka on näytettävä toteen ”overbevist”.

HR:n ratkaisu asiassa **HR-2004-1114-A (Rt-2004-1063)** on fundamentaalinen sikäli, että siinä erotellaan kohdassa 9 näyttövaatimuksen kannalta selkeästi tosiseikat, joilla on välitön merkitys syyllisyyskysymykselle ja toisaalta seikat, joilla ei ole välitöntä vaikutusta syyllisyyskysymyksen ratkaisulle, ja näistä eli tosiasiallisen tapahtumainkulun yksittäisistä osista voi vallita epäilyksiä, mikä on aivan tavallista. Asiassa oli kysymys siitä, oliko vastaaja A yrittänyt uhkauksilla tai muutoin oikeudenvastaisella käyttäytymisellä saada asianomistaja B:n peruuttamaan rikosilmoituksensa koskien väkivaltaa, jonka kohteeksi hän oli edellisenä yönä joutunut (straffeloven 132 a §). Lagmannsrett oli lukenut rikoksen hänen syykseen. HR:n ratkaisu lähti liikkeelle lagmannsrett’in puheenjohtajan lagrett’ille esittämän rettsbelæring-lausuman epäonnistuneesta sananvalinnasta. Puheenvuorosta oli kirjattu seuraavaa:

”Etter rettsbelæringen ba forsvareren protokollert det som var sagt om bevisvurderingen, særleg om uttrykket «veldig sannsynlig». Lagmannen fremholdt i rettsbelæringen at når alle momenter i saken var vurdert og det så skulle gjøres en totalvurdering av skyldspørsmålet, kreves det for JA-svar at man da er overbevist om skylden. Det kan være mange store og mindre bevisspørsmål som må vurderes for at totalvurderingen kan gjøres. Det kan da være at svarene på noen av disse underspørsmål står mer eller mindre uklart. Noen spørsmål kan man si at det sannsynlig er slik og slik, andre kan være veldig sannsynlige osv. Generelt sett må man ved totalvurderingen ikke uten videre se bort fra underspørsmål hvis løsning man ikke er overbevist om. Men ved totalvurderingen må det selvfølgelig erindres at noen eller flere biter er uklare.”

Puolustaja haki muutosta lagmannsrett’in langettavaan tuomioon ja toi esiin, että lausuman perusteella voi epäillä, oliko puheenjohtaja ilmaissut todisteilta vaadittavat

vahvuudet oikein, ja että puhuminen erilaisista näyttöön kohdistuvan epäilyksen asteista samalla kun käytetään käsitteitä ”suuremmat ja pienemmät näyttökysymykset” ja ”alakysymykset” olivat omiaan hämmentämään lagrett’iä. HR:n ratkaisun esittelevä jäsen tuomari Flock kävi tämän jälkeen mietinnössään läpi lagrett’ille esitetyn syyllisyyskysymyksen ja niitä ulkoisia seikkoja, joihin tässä tapauksessa väitetty rikos (eli laitton uhkaus) perustuu. Kartoitettuaan siinä olleet riidattomat seikat hän totesi lagrett’in harkinnan keskeisiksi kohdiksi, onko syytetty esittänyt uhkauksia tai muulla tavoin käyttäytynyt oikeudenvastaisesti, oliko tämä tilanteessa ollut omiaan vaikuttamaan asianomistajaan niin, että hän peruuttaa rikosilmoituksensa, ja oliko syytetty selvillä siitä, että hänen käyttäytymisensä voitiin ymmärtää sillä tavoin. Syyllisyyteen kohdistuvan ankaran näyttövaatimuksen tulee täytyä jokaisessa näistä ratkaisevista kohdista. Niinpä jos lagretten esimerkiksi epäilisi yhtä näistä kohdista, ei vakuuttuneisuus (overbevisning) siitä, että syyllisyyteen liittyvä vaatimus muissa kohdissa olisi täytetty, voisi olla peruste vastata syyllisyyskysymykseen myönteisesti.

Tämän jälkeen HR/Flock kirjoittaa kohdissa 8 ja 9:

”Kravet til skyld i straffesaker kan uttrykkes på forskjellige måter, blant annet slik det er gjort i rettsbelæringen om at man etter en totalvurdering av alle momenter i saken må være overbevist om skylden. Det kan heller ikke være galt eller uheldig å fremheve at det forut for en slik totalvurdering vil ligge en vurdering av “mange store og mindre bevisspørsmål”.

“Det som deretter følger i den protokollerte del av rettsbelæringen, er imidlertid etter min mening ikke klart. Lagmannen omtaler «disse underspørsmål», som går tilbake på de nevnte store og mindre bevisspørsmål. Han går her inn på den bevissituasjon som lett vil oppstå: Enkelte bevis – i den aktuelle sak, formentlig opplysninger i forklaringer avgitt for retten – kan være egnet til å skape tvil om hva som egentlig har foregått. For denne situasjonen kan det være viktig å få fremhevet i rettsbelæringen at det bare er rimelig tvil om de deler av faktum som har direkte betydning for vurderingen av tiltaltes skyld, slik som beskrevet i spørsmålsskriftet, som kan lede til at beviskravet ikke anses oppfylt. At det i en straffesak kan være tvil om enkelte deler av det faktiske hendelsesforløp som ikke har direkte betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, vil være en helt normal situasjon.”

HR katsoo kohdassa 10, että edellä sanottu ei tule selvästi esiin lausuman pöytäkirjatassa ”alakysymysten” osassa. ”Alakysymysten” arvioimisen esille-tuominen voidaan sitä paitsi ymmärtää niin, että se koskee niitä erilaisia vaatimuksia, joita rikossäännös asettaa syyllisyydelle ja jotka kaikki on näytettävä toteen ilman epäilyksiä. HR katsoi, että tämä epäselvyys oli ollut omiaan luomaan epävarmuutta lagrettenin jäsenten keskuudessa, ja kumosi yksimielisesti lagmannsrett’in tuomion tämän käsittelyvirheen vuoksi.

Jos tulkintani on oikea, edellä mainitut norjalaiset ratkaisut osoittavat, että oikeustositseikat eivät voi ”lainata tehoa” toisiltaan. Ratkaisut osoittavat myös sen kyllä muutenkin selvän tosiseikan, että vaikka useasta oikeustositseikkaa todistavasta todistustositasiasta jokin ”kaatuu”, oikeustositseikka tulee näytetyksi, jos sillä on muita todistustositasioita *riittävän vahvoina* tukipilareina.

5.9.2 Todistustaakka ja näyttökynnys todistus- ja aputositseikkojen kohdalla eli ”alempana”

5.9.2.1 Johdantoa

Voiko todistustaakka ja näyttökynnys koskea oikeustositseikkojen lisäksi myös todistus- ja aputositseikkoja? Kysymyksellä on melkoinen käytännöllinen merkitys erityisesti ketjutodistelutilanteissa, joissa on peräkkäin useita todistustositseikkoja eri portailta ja todistustositseikka F3, joka todistaa oikeustositseikasta F4, on itse probandumina todistustositseikalle F2, joka taas on probandumina tosiseikalle F1. Asianosaisen X tulee näyttää oikeustositseikka F4 toteen ja brd-standardilla, mutta kenen on näytettävä toteen F1, F2 ja F3 ja millä näytön vahvuudella? Vai onko kenenkään? Ja eikö näytön vahvuudella ole mitään merkitystä?

Kysymyksenasettelu näyttökynnyksen osalta on sama kuin Cohenin esityksessä päättelystä päättelemisestä, siis johtopäätöksen tekemisestä edellisen johtopäätöksen pohjalle.

Seuraavassa käsittelem ensin skandinaavisessa ja suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkemyksiä. Sen jälkeen selostan Cohenin oikeusteoreettista analyysiä, jonka hän on tehnyt kritisoidessaan matematiikkaan perustuvia todistusharkintateorioita ja osoittaessaan, että tuomioistuimet eivät sovelle niitä, koska niitä hänen mukaansa yksinkertaisesti ei voi soveltaa (vaan jotakin muuta, eli hänen induktiivista teoriaansa). ”Hypoteesiksi” voi asettaa, että vaikka Cohen todennäköisesti olisi oikeassa siinä, että matemaattiset teoriat eivät sovellu käytäntöön, sen tunteminen, mitä hän tuo esiin matemaattisesta päättelytavasta, on käytännön päätöksenteolle hyödyllistä. Tämän jälkeen muodostelen omaa näkemystä.

5.9.2.2 Oikeuskirjallisuudessa esitetty näkemys

Jaksossa 1.3.2 viittasin kirjallisuudessa esitettyyn oppilauseeseen, jonka mukaan todistustaakasta ja näyttökynnyksestä voidaan puhua vain oikeusseuraukseen välittömästi vaikuttavien seikkojen eli oikeustositseikkojen kohdalla, ei

sen sijaan välillisten seikkojen eli todistustositseikkojen (eikä aputositseikkojen) kohdalla.⁶⁴⁸ Mihin tämä dogmi perustuu ja onko se pätevä?

Lähtökohdaksi käy, että on pidettävä tarkasti erillään toisaalta todistus- tai aputositseikan oma todennäköisyys ja toisaalta sen todennäköisyyden määrä, jolla tuo seikka lisää (tai vähentää) sen todistus- tai oikeustositseikan todennäköisyyttä, joka on sen teemana. Kirjallisuudessa ei näitä aina ole pidetty erillään, ja voi jäädä epäselväksi, mitä tarkoitetaan. Toinen lähtökohta on, että todistustositseikan näyttö- eli todistusarvo teemalle koostuu kahdesta osasta, todistustositseikan omasta todennäköisyydestä eli siitä, miten todennäköisesti seikka pitää paikkansa, ja siitä, mikä on tuo todistustositseikan sisältämän tiedon relevanssi teeman suhteen.

Ekelöf perustelee perusoppikirjassaan väitettä seuraavasti:⁶⁴⁹

”Däremot finns det inte några bevisbörderegler rörande *bevisfakta*. En sådan regel stadgar alltid om hur stark bevisning det krävs för ett rättsfaktum. Låt oss anta att käranden i en tvist rörande klander av testamente som stöd för att testators själsförmögenheter varit nedsatta åberopar ett säreget uttalande, som denne skulle ha gjort vid tiden för testamentets upprättande. Svaranden förnekar att testator skulle ha uttalat sig på detta sätt och käranden lyckas endast göra sitt påstående ”antagligt”. I sina domskäl förklarar rätten att den bortser från det ifrågavarande uttalandet, när detsamma inte styrks i målet.

Att förfara på dett sätt utgör ett rättegångsfel, ty testators uttalande är endast ett bevis för hans sinnesbeskaffenhet. Först då bevisvärderingen avslutats oiv rätten fastställt med vilken styrka olika rättsfakta blivit bevisade, kan det bli fråga om att tillämpa några bevisbörderegler. Detta innebär emellertid inte att man bortser från osäkerheten om testator någonsin fällt det ifrågavarande yttrandet. Som vi tidigare påpekat utgör den grad av säkerhet, varmed ett bevisfaktum blivit bevisat, en av de faktorer som *påverkar dettas bevisvärde*.”

Ekelöfin esimerkissä testaattorin henkisen tilan huononeminen on oikeustositseikka ja väitetty erikoinen lausuma, oikeastaan sen sisältö ja vielä tarkemmin sanottuna sen erikoiset piirteet, on todistustositseikka. Lausuman sisältö jää esimerkin valossa epäselväksi, mutta kun jutun kantaja siihen vetoaa, sen täytyy olla

648 Ekelöf 1977, s. 78; Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 18, 22 (Edelstam) ja s. 83, 158 (Heuman); Virolainen 1995 s. 44; Lappalainen 2001, s. 316–317. Lappalaisen mukaan ”todistustaakkasäännöt eivät tule sovellettaviksi vielä siinä vaiheessa, kun todistelu kohdistuu välillisesti relevantin faktan, *todistustositseikan*, selvittämiseen.” (kursivointi Lappalaisen).

649 Ekelöf 1977, s. 78 – 79. Kursivoinnit Ekelöfin. Sama kanta käy ilmi myös s. 75. Ekelöf viittaa (Såsom vi tidigare...) sivulle 26, jossa hän lausuu, että seikan todistusarvo riippuu myös siitä todennäköisyydestä, jolla seikka on näytetty toteen.

jotakin negatiivista, esimerkiksi henkistä sekavuutta osoittavaa.⁶⁵⁰ Esimerkissä oletetaan myös tiedetyksi, että tuon testaattorin lausuman olemassaoloväitteellä on olemassa näyttökynnys, jotta se katsottaisiin toteenäytetyksi, ja että tuo näyttökynnys on korkeampi kuin 'oletettava'.

Lindell 1987 toistaa lyhyesti Ekelöfin kannan, että todistustositseikkoja ei koske, kuten oikeustositseikkoja, näyttökynnys.⁶⁵¹

Heuman on väitöskirjassaan vuonna 2005 käsitellyt kysymystä laajasti. Hän on pyrkinyt osoittamaan, että todistustaakkaa ja näytön riittävyttä koskevat normit eivät voi (tai niiden ei tule) koskea todistus- ja aputositseikkoja. Hänen perustelujensa toistuvana lähtökohtana on, että ”tieto-opillinen käsitys” on ristiriidassa sen kanssa, että mainitut instituutiot koskisivat muita kuin oikeustositseikkoja.⁶⁵² Jää hiukan hämäräksi, mitä hän tällä oikeastaan tarkoittaa. Hän on etsinyt ja löytänyt myös HD:n ratkaisuihin tilanteita, joissa voidaan sanoa todistustaakkaa ja näyttökynnystä sovelletun todistustositseikasta, toisin sanoen asianosainen ei ole onnistunut näyttämään todistustositseikasta toteen. Hän on myös pyrkinyt selittämään nämä ”parhain päin” tai ainakin niin, ettei niistä pitäisi päätellä mitään. – Jos ymmärrän oikein, Heuman artikkelissaan vuonna 2008 myöntää, että todistustositseikan tulee tulla todistetuksi vähintään todennäköiseksi, jotta sillä olisi merkitystä.⁶⁵³ Tämä vastaa siis 0.5:n *kynnystä* – tosin Cohen edellyttää paljon korkeampaa *kynnystä*.

Henrik Edelstam katsoo Ekelöf – Edelstam – Heumanin Rättegång IV -oppikirjan viimeisessä, vuoden 2009 laitoksessa edelleen, että

650 Esimerkki on sikäli merkillepantava, että lausuman todistelussa saattaa olla kysymys ainakin kolmesta teemasta: ensinnäkin siitä, että tuollainen lausuma on esitetty, toiseksi siitä, mikä sen sisältö on ollut, ja kolmanneksi siitä, miten sitä on arvioitava: osoittaako se esimerkiksi sekavuutta. Ekelöf näyttää keskittyvän vain ensimmäiseen näistä mahdollisista teemoista.

651 Lindell 1987, s. 32, viitaten yksinomaan Ekelöfiin 1982 s. 84. Hän huomauttaa tässä yhteydessä hiukan yllättävästi vain seuraavaa: ”Detta innebär att en och samma omständighet kan få beaktas i ett avseende, men inte i ett annat. Om det inte med erforderlig styrka bevisats att det var dimmigt får omständigheten ifråga endast räknas på bevissidan.” – Ensinnäkin sumuisuus lienee useimmiten aputositseikka. Toiseksi, tarkoitetaan Lindell todella, että sama totiseikka voi samassa jutussa vaihtaa statustaan (ja funktiotaan) sen mukaan, miten vahva näyttö sen tueksi on? Ajatus tuntuu radikaalilta – siitä huolimatta, että Lindell tuo esiin juuri keskeisenä termikolmikun funktionaalisuuden – tai siksi.

652 Heuman 2005, s.95 – 96 ja s. 106 – 111.

653 Heuman 2007 – 2008, s 911: ”Om ett bevisfaktum gjorts sannolikt, utan att det blivit styrkt, skall domstolen inte bortse från detta faktum med stöd av en bevisbörderegler. Domstolen skall i stället väga samman bevisvärdet av detta bevisfaktum med annan bevisning. Om ett flertal bevisfakta vägs samman kan det leda till att rättsfaktum anses bevisat.”

todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt koskevat vain lopullisia todistustee-
moja (oikeustosisekoja).⁶⁵⁴ Myöhemmin **Heuman** lausuu siinä seuraavaa:⁶⁵⁵

”Det förekommer ibland att en dom innehåller uttalanden som visar att en part med orätt ålagts en bevisbörda för ett bevisfaktum. Domstolens oriktiga bedömning kan knappast betecknas som ett rättegångsfel som ger en part möjlighet att angripa en lagakraftvunnen dom med klagan över domvilla (RB 59:1. p. 4). Det rör sig sannolikt endast om en materiell felbedömning liksom i fall då bevisskyldigheten för ett rättsfaktum lagts på en part med orätt. Sådana domar kan naturligtvis överklagas på vanligt sätt.”

Dogmi ajetaan mielestäni ad absurdum, kun Edelstamin tavoin väitetään, että syyttäjälläkään ei ole todistustaakkaa – tai kuten hän nimenomaisesti ilmaisee – näyttövelvollisuutta todistustositaisioista.⁶⁵⁶ Looginen kysymys tässäkin kohden olisi, kenellä se sitten on, eli kenen asiana on huolehtia syytteen – sen kaikkien osien – toteennäyttämisestä, ja kenen tappioksi jää, jos seikkaa ei näytetä toteen.

Myös kotimaisessa kirjallisuudessa otetaan kantaa esillä oleviin näytön riittävyden ja todistustaakan kohdentamiskysymyksiin. Riittävydestä **Lappalainen** lausui vuonna 1986 näin:

”Kun yksin todistustositaisioilla voi olla näyttöarvoa, *niin näytön riittävyysongelma koskee puolestaan vain oikeustositaisioja*. Todistustositaisio saa yksin näyttöarvon silloinkin, kun tällainen fakta on todistusteemana. Ketjutodistelutilanteessakin riittävyysongelma aktualisoituu vasta ”ketjun päässä” oikeustositaisiikan olemassaoloa

654 Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 18 (”...både ett slutligt och ett icke slutligt bevistema kan bli föremål för bevisvärdering, men det är endast det slutliga bevistemat som kan bli föremål för bevisbörda och beviskrav”) ja s.22. Tekstistä vastaa Edelstam, joka viittaa tässä vain Heumanin 2007 – 2008 sivulle 911 (jossa Heuman toistaa edellä mainitun todistustaakkaa koskien, viitaten taas omaan kirjaansa 2005, s. 94 alkaen ja 106), sekä esillä olevan oppikirjan §:ään 25 (ks. siitä seuraava alaviite tässä). – S.18, alaviite 29, Edelstam viittaa Lindblomiin, 2003 s. 205; tämä toistaa saman säännön. Itse asiassa kuitenkin Lindblomin oma esimerkki osoittaa dogmin vääräksi. Esimerkissä on aputositaisio X, joka – *om det föreligger* – vaikuttaa todistustositaisiikan Y näyttöarvoon. – Jos Y olisi todistajan kertomukseen sisältyvä ilmaus, että A löi B:tä leukaan ja X olisi väite, että juuri tuolla kohdalla katuvalo valaisi (tai: että oli raskas sumu), kaiketi jollakulla (taakankantaja) olisi intressi siitä, että X tulisi näytetyksi toteen mahdollisimman suurella todennäköisyydellä (näyttökynnyys – ainakin 0.5). Lindblomkin siis lausuu ”*om det föreligger*”. (Ja tuskin ”det” on tässä edes kyllä/ei -käsite, vaan pikemminkin kvantitatiivinen, adjektiivinen teema.) (Kursivointi JR.)

655 Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s.83. Tästä jaksosta vastaa Heuman, joka viittaa väitöskirjaansa Bevisbörda och beviskrav i tvistemål 2005 s. 95 alkaen. Lisäksi hän viittaa oppikirjan jaksoon § 26, II, 2, C eli sivuille 203 – 206. Viitattu kohta koskee tilannetta, jossa useammalla todistustositaisiikalla kullakin on rajallinen todistusarvo yhdelle ja samalle todistusteemalle, ns. yhteisvaikutustapaus (samverkansfallet). Tämä on käytännössä ehkä kaikkein tavallisimpia tilanteita eikä yleensä mitenkään ongelmallinen. – Heuman katsoo s. 204, että jos kahden toisistaan riippumattoman todistajan kertomusten näyttöarvo on kummallakin ”todennäköinen” (”sannolikt”), siitä tulee seurata, että todistusteema tulee ”vahvistetuksi” (”styrkt”). Tämä on sama väite, joka esiintyi jo Ekelöfillä (ainakin) 1982, s. 34. Etsimättä tämä tuo mieleen legaalisen todistusteorian, minkä Heuman oppikirjan s. 204 alaviiteessä 250 myöntääkin.

656 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 158. Ainoa Edeslamin viite suuntautuu Heumanin artikkeliin Welamsonin juhlakirjassa (s. 255 alkaen).

selviteltäessä. Luonnollisesti todistelun kohteena olevalla todistustositseikallakin on de facto sitä suurempi näyttöarvo, mitä vakuuttavammin tuo seikka on itse tullut näytetyksi.⁶⁵⁷ Olennaista kuitenkin on, ettei todistusarvon antaminen todistustositseikalle edellytä, että tuon todisteen itsensä olemassaolosta olisi esitetty ns. riittävä näyttö. Välillisen⁶⁵⁸ todistelun ”vajavaisuus” tässä mielessä ei siis muodollisesti katkaise todisteiden ketjuvaikutusta, vaan vaikuttaa yksin todistustositseikan näyttöarvoon. Näytön riittävyysongelmahan tarkoittaa sen kysymyksen ratkaisemista, voidaanko todistelun kohteena ollut tosiseikka panna jutussa annettavan ratkaisun perustaksi. Riittävyysproblematiikassa on siis kyse oikeusseuraamusten määräämisen edellytyksistä mikä ongelma voi aktualisoitua vasta, kun oikeustositseikka on ollut todistusteemana.”⁶⁵⁹

Leppänen viittaa Lappalaisen edellä mainittuun artikkeliin ja katsoo samoin, että näytön riittävyys-ongelma koskee ainoastaan oikeustositseikkoja. Leppänen kirjoittaa näin:⁶⁶⁰

”Todistustositseikkojen yhteisen näyttöarvon oikeustositseikalle (eli oikeustositseikan olemassaolon todennäköisyyden) täytyy olla riittävä, jotta oikeustositseikan voitaisiin katsoa olevan olemassa eli se voitaisiin panna tuomion perustaksi. Jos riittävää todennäköisyyttä ei saavuteta, kysymys oikeustositseikan olemassaolosta ratkaistaan sen asianosaisen tappioksi, jolla on todistustaakka seikasta. Oikeustositseikkoja koskevan näytön arvioinnin lopputulos on siis aina joko/tai. Oikeustositseikan joko katsotaan olleen olemassa tai sen ei katsota olleen olemassa. – Todistus- ja aputositseikkojen kohdalla tilanne on toinen. Todistustositseikkojen olemassaolon todennäköisyys vaikuttaa ainoastaan niiden näyttöarvoon todistusteemalle: mitä todennäköisempää todistustositseikan olemassaolo on, sitä korkeampi näyttöarvo teemalle. Sama koskee nähtävästi myös aputositseikkoja, joiden olemassaolon todennäköisyys vaikuttaa siihen, miten ne vaikuttavat todistustositseikan näyttöarvoon (joko positiiviseen tai negatiiviseen suuntaan aputositseikasta riippuen). Todistus- ja aputositseikkoja koskevan näytön arvioinnin lopputuloksen ei siis tarvitse olla joko/tai. Tällaisen seikan voidaan katsoa olevan olemassa enemmän tai vähemmän suurella todennäköisyydellä, jolloin

657 Ehkä kuitenkin ”sitä suurempi totuusarvo”? Näyttö- eli todistusarvoon sisältyy jo relevanssi, ja jos tämä puuttuu, ei tosiseikan suurellakaan varmuudella ole näyttöarvoa. Näyttöarvo ei muutenkaan välttämättä kasvane suoraviivaisesti probansin todistusarvon kasvaessa.

658 Lappalainen 1986, s. 766 katsoo todistustositseikkaan kohdistuvassa todistelussa olevan kysymys ”välillisestä todistelusta (aihetodistelusta)”. Kun indisiot on toisaalta määritelty aihetodisteluksi, välttäisin kumpakin termiä tässä. Käsitykseni mukaan niin oikeus-, todistus- kuin aputositseikkojen todistelussakin voi esiintyä ”aihetodistelua”.

659 Lappalainen 1986, s. 766–767. Kursivoinnit Lappalaisen. Virolainen – Martikainen 2010, s. 288 alaviite 77, hyväksyy näkemyksen riittävyyden ja todistustaakan kohdentumisesta vain oikeustositseikkoihin. He viittavat Lappalaisen artikkeliin ”Tuomion perustelut” sivulle 22 Turun hovioikeuden V tuomaripäivien pöytäkirjassa (1990, s. 15 – 26).

660 Leppänen 1998, s. 188–189. Kursivointi Leppäsen.

käytössä on periaatteessa koko todennäköisyyskaala. Jonkinasteista näyttöä kuitenkin tällaistenkin seikkojen tueksi täytyy esittää; jos seikan todennäköisyys on nolla, ei sillä ole lainkaan todistusarvoa teemalle. Todistusharkintaongelma on siis sama kuin oikeustositseikkojen kohdalla: kuinka todennäköinen seikan olemassaolo on?”

Todistustaakan kohdentumisesta todistus- ja aputositasioiden osalta lausutaan seuraavalla tavalla.

Lappalainen toteaa, että riittävyysproblematiikka liittyy kiinteästi todistustaakkasääntelyyn. Sitten hän kirjoittaa:⁶⁶¹

”Lausutusta näytön riittävyys- ja todistustaakkaproblematiikan yhteenkuuluvuudesta seuraa, että *todistustaakkanormit* (kuten edellä väittämistaakkasäännötkin *voivat koskea vain oikeustositseikkoja mutta eivät todistustositseikkoja*. Koska oikeudenkäynnissä ei tule esille kysymys, onko todistustositseikan tueksi esitetty ”riittävä” näyttö, ei tuollaisen faktan olemassaoloa myöskään voida ratkaista todistustaakkasäännöin. Todistustositseikkaan kohdistuneen näytön vakuuttavuusaste vaikuttaa – se toistettakoon vielä – vain todistustositseikan näyttöarvoon. Kysymys ei siis ole siitä, etteikö tuomioistuin voisi pitää todistelun perusteella myös todistustositseikkaa ”totenä”. Erityisesti sellaisissa rikosjutuissa, joissa näyttö rakentuu pääasiassa aihetodisteiden varaan, tuomioistuin monesti perustelee (langettavaa) ratkaisuaan näytön osalta luettelemalla selvitetyn katsomiaan todistustositseikkoja, joiden perusteella itse rikos (= teonkuvauksen konstituivat oikeustositseikat) katsotaan riittävän luotettavasti näytetyksi. Voidaan tietysti sanoa, että tällöin ao. todistusaiheista (todistustositseikoista) on esitetty ”riittävä” näyttö. Kyseessä ei kuitenkaan ole varsinainen riittävyysratkaisu siinä mielessä, että näytön empiiristä tulosta verrattaisiin normatiivisiin riittävyyskriteereihin, vaan yksistään todistustositseikkoihin kohdistuneen (aihe)todistelun todistusvoiman ns. skaala-arviointi, jossa päädytään täyteen näyttöön ja sen mukaan määräytyvään todistustositseikan näyttöarvoon. Tämä on eri asia kuin jos todistustaakkaa ja näytön riittävyttä koskevien sääntöjen avulla todistustositseikan asemassa olevaa faktaa pidettäisiin joko ”näytettynä” tai ”näyttämättä jääneenä” ikään kuin todistustositseikasta olisi mahdollista esittää vain joko täysi näyttö tai ei minkäänlaista näyttöä. Tällöinhän eliminoidaisiin todistustositseikalle siihen kohdistuneen todistelun perusteella annettava ”oikea” näyttöarvo ja jouduttaisiin periaatteessa virheelliseen olemassaolo/ei olemassaolo-tilanteeseen.”

Vuonna 2001 ilmestyneessä oppikirjassaan Lappalainen toistaa kantansa ja käsittelee myös kokemussääntöjä ja aputositasioita.⁶⁶²

661 Lappalainen 1986, s. 767 – 768.. Kursivoinnit Lappalaisen. Ensimmäisen virkkeen kohdalla hän viittaa Ekelöfiin 1977, s. 78.

662 Lappalainen 2001, s. 316–317 ja 319. Kursivoinnit Lappalaisen.

”... todistustaakkasäännöt eivät tule sovellettaviksi vielä siinä vaiheessa, kun todistelu kohdistuu välillisesti relevantin faktan, *todistustosiseikan*, selvittämiseen.⁶⁶³ Esi-merkkinä mainittakoon isyyden vahvistamista koskevassa jutussa makaamisväitettä tukeva välillinen todistelu siitä, että vastaajan auto oli nähty lapsen siirtämisaikaan usein pysäköityneenä lapsen äidin asunnon edustalla. Todistustosiseikka saa merkityksensä yksin näyttöarvonsa kautta, siis sen perusteella, millä todennäköisyydellä se itse tulee näytetyksi. Mistään näytön ”riittävydestä” tai ”näyttökynnyksestä” ei välillisen teeman osalta saata olla kyse. Heikollakin välillisellä todistelulla on oma merkityksensä ”rikkana rokassa”, eikä todisteluketjua voida ”katkaista” sillä perusteella, ettei välillisestä teemasta ole esitetty riittävää näyttöä. Välillinen todistelu voi kyllä siten kokonaankin epäonnistua, ettei välillinen teema saa jutussa minkäänlaista merkitystä todisteena. Mutta tämä näyttöarvoa koskeva kysymys on eri asia kuin näytön riittävyys, joka tulee esille vasta todisteluketjun päässä, oikeustustosiseikkojen tasolla.

Todistustaakkanormien soveltaminen ei ole kuvassa mukana myöskään niissä tilanteissa, joissa todistusteemana ovat *kokemussäännöt* tai *aputosiasiat*. Kokemussäännöillä ja aputosiasioilla on oma merkityksensä harkittaessa todistustosiseikkojen näyttöarvoa, todistusvoimaa. Tuomari muodostaa käsityksensä relevanteista kokemussäännöistä oman tietämyksensä ja jutussa esitetyn aineiston (mahdollisesti vastaanotetun asiantuntijatodistelun) perusteella ja ottaa vapaata todistusharkintaa soveltaen huomioon todistussuhteeseen vaikuttavat aputosiasiat. Kokemussäännöillä sen paremmin kuin aputosiasioillakaan ei ole oikeudenkäynnissä sellaista itsenäistä relevanssia, että todistustaakkasäännöin ratkaistava näytön riittävyyskynnys voisi tulla näiden sisältöä selvitettyä esille.”

Todistus- ja väittämistaakalle on yhteistä se, että ne kohdentuvat kumpikin yksin oikeustustosiseikkojen asemassa oleviin faktoihin. Vetoamisvelvollisuus sen enempää kuin kysymys näytön riittävydestäkään eivät aktualisoidu, kun kyseessä ovat todistus- tai apufaktat taikka kokemussäännöt.”

Strandberg ruotsalaislähteisiin viitaten toistaa dogmin, että näyttövaatimus koskee vain oikeustustosiseikkoja, ei todistustosiseikkoja (eikä todistusdataa).⁶⁶⁴ Hän tuo kuitenkin esille, että erottelu oikeus- ja todistustosiseikkoihin (ja todistusdataan) on keskeisemmin ollut esillä ruotsalaisessa prosessioikeudessa ja että nytemmin useat norjalaiset prosessiteoreetikot ovat kyseenalaistaneet tai häivyttäneet sen merkityksen.⁶⁶⁵ Todistusoikeudessa vastaavanlaista argumentointia voi liittyä ker-

663 Lappalainen 2001, s. 316 viittaa tässä Ekelöf – Bomaniin 1992, sivulle 66.

664 Strandberg 2012, s. 51–52. Alaviitteessä 99 s. 52 hän viittaa ainoastaan (Jf.) Ekelöf – Bomaniin 1992 (IV) s. 66, Lindblomiin 2006 s. 178 ja Ekelöf – Edelstam – Heumaniin 2009, s. 83.

665 Strandberg 2012, s. 52 viittaa Henry John Mælandiin. Mæland 2013, s. 152 nimittää oikeus- ja todistustosiseikkoja termillä ”konstord”.

tomusteorioihin; niiden holistisemman lähtökohdan perusteella saatetaan katsoa, että näyttövaatimusta ei voida kohdistaa pelkästään oikeustositseikkoihin, vaan se tulee kohdistaa kertomuksiin kokonaisuudessaan. Mikään ei myöskään estä sitä, että koko kertomus voi olla oikeustositseikka tai suuri oikeustositseikasto, esimerkiksi niissä tosiseikkakysymyksissä, joissa joudutaan ottamaan kantaa siihen, oliko teko ollut huolimaton. Strandberg myöntää, että sellaisissa kokoonpannuissa asioissa ei ole kovin helppoa erottaa oikeus- ja todistustositseikkoja toisistaan,⁶⁶⁶ mutta katsoo, että sikäli kuin sellainen ero voidaan tehdä, pitää edelleen olla niin (”bør det fortsatt være slik...”), että näyttövaatimus koskee vain oikeustositseikkoja.⁶⁶⁷

Toisin kuin valtavirta asian näkee myös **Zahle 1976**. Hän viittaa Ekelöfin lausumaan, että todistustositseikkoja koskien ei ole todistustaakkasääntöjä. Siitä, että todistustositseikat määritellään seikoiksi, joilla on todistusarvonsa kautta välillinen merkitys, ja todistustaakkasääntö säännöksi, joka sisältää oikeustositseikkaa koskevan todennäköisyysvaatimuksen, seuraa loogisella välttämättömyydellä Ekelöfin lause. Se, että todistustaakkasäännöt eivät koske todistustositseikkoja, tarkoittaa (a) negatiivisesti, että ei ole pakko valita, laittaako todistustositseikan perustaksi varmana vai jättääkö sen huomiotta näyttämättömänä, ja (b) positiivisesti, että arvioitaessa oikeustositseikan todennäköisyyttä todistustositseikalle laitetaan painoarvo, joka sovitetaan sen todennäköisyyden mukaan, jolla todistustositseikan voidaan olettaa olevan olemassa.⁶⁶⁸

Zahle katsoo, että Ekelöfin näkökulmaa voidaan perustella terminologisesti, so. se voi olla tautologia todistustositseikan ja todistustaakan määritelmien pohjalta. Ekelöf näyttää kuitenkin ymmärtävän lausuman siten, että edellä mainitut seuraukset (a) ja (b) voidaan näyttää toteen tai jäädä niitä vaille (savnes), ja että tuomarin toimintaa voidaan arvioida tämän perusteella: tuomion perustelua, jonka mukaan tuomari ottamatta huomioon todistustositseikan, koska sitä ei ole näytetty toteen (styrkt) vaan se on saatettu vain oletettavaksi (antagligt), Ekelöf pitää oikeudenkäyntivirheenä.⁶⁶⁹

Zahle katsoo esimerkin osoittavan, että on tarvetta tehdä terminologia väljemmäksi, niin että myönnetään, että välillisesti relevanttien seikkojen käsittelyyn voi sisältyä

666 Strandberg 2012, s. 52 viittaa edelleen Mælandiin. Mælandin, 2013 s. 153 mukaan on usein osuvampaa nimittää väitteiden perustaa oikeustositseikkojen kompleksiksi (seikastoksi).

667 Strandberg 2012, s. 52. Hän lausuu, että todistusdatan erottamisessa todistus- ja oikeustositseikoista ei koskaan liene ongelmia, mutta joskus todistusdata ja oikeustositseikat voivat langeta yhteen. Hän mainitsee esimerkkinä asianomistajan, joka vaatii korvausta virheellisestä tatuoinnista. Tämä oli tilannut tatuoinnin ”Bristol C”, mutta väittää saaneensa tatuoinnin ”Bristol R”. Kun hän näyttää tatuointia tuomarille, seikka ”asianomistajalla on kädessä tatuointi Bristol R” on samalla sekä todistusdataa että oikeustositseikka.

668 Zahle 1976, s. 310.

669 Zahle 1976, s. 310 – 311. Hän viittaa tässä Ekelöfin Rättegång IV: n tuonaikaiseen painokseen sivulle 70 eli testamenttiesimerkkiin. Se on vuoden 1977 painoksessa s. 78 – 79. Olen selostanut sen edellä Ekelöfin 1977 kannan yhteydessä ja esitän kritiikkiä siihen eri jaksossa jäljempänä.

arviointinäkökohtia varmuusvaatimusten muodossa. Jos haluaa välttää todistustaakkäsitteen käyttämistä tässä yhteydessä, voi Zahlen mukaan ehdottaa nimitystä ”kynnysarviointi” (”tærskelvurdering”): tietyissä tilanteissa jätetään huomiotta vähemmän merkitykselliset – mutta ei merkityksettömät – indisiot, ja indision kohteena olevan tosiseikan katsotaan jääneen näyttämättä. Vastakohta tälle on, että jätetään huomiotta pienet epäilykset todistustositseikkojen kohdalla, jotka muuten antavat perustan varmoille päätelmille, niin että tosiseikka katsotaan näytetyksi toteen.⁶⁷⁰

Cohen 1977 on osoittanut, että matemaattiseen teoriaan perustuva todistusharkinta edellyttää juridisessa käyttöyhteydessä alemmilta todistelun tasoilta selkeästi näyttökynnysten olemassaoloa ja niiden ylittämistä. Hänen mukaansa todistustositseikkoja vastaavien, ketjussa varhaisempien todistustositseikkojen todennäköisyyden tulee olla jopa vahvempaa kuin oikeustositseikkojen eli myöhempien todistustositseikkojen, eli oikeustositseikkojen brd- tai bop-kynnyksen tasoa. ”Varmalle pohjalle todennäköinen lopputulos, ei toisin päin eli todennäköiselle pohjalle varma lopputulos”, kuuluu tavallaan eräs hänen iskusanoistaan. Todistustositseikkojen painoarvo ei myöskään välity tai siirry eteenpäin ketjussa. Cohen esittää samassa yhteydessä myös erilaisia ”pakoteitä”, joilla tuon teorian kannattaja voisi (tosin turhaan) yrittää selviytyä teoriansa kahleista. Hänen esityksensä on tältä(kin) osin siinä määrin kompakti kokonaisuus, että palaan hänen argumentointiinsa ketjun varhaisemmille portaille asetettavista näyttövaatimuksista tarkemmin baconiaanisia todistusharkintateorioita koskevassa jaksossa, erityisesti henkilönäytön korroboraatiota ja muun näytön konvergenssiä koskevan alateeman kohdalla.

5.9.2.3 Oma näkemys

5.9.2.3.1 Alustavaa arviointia

Oikeuskirjallisuudessa on paljolti keskitytty ”viimeiseen” tilanteeseen, ultima probandumin ja sitä juuri edeltävien todistustositseikkojen suhteeseen, ja alemman tason todistustositseikkojen ja aputositseikkojen suhteet ovat jääneet vähemmälle. Kuitenkin niiden todisteluun voi kulua paljon resursseja ja harkinta olla ainakin yhtä vaikeata kuin ensin mainitussa relaatiossa. Edellä lainatussa norjalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä sivutaan kuitenkin näitä ”alempana” olevia suhteita. Samoin Cohen on tarkastellut ketjun vaiheita näyttökynnysten kannalta laajemmin.

Norjalaiset ratkaisut näyttäisivät osoittavan, ettei todistustositseikkojen paikansapitäviksi näyttämällä HR:n mukaan ole niissä ollut ainakaan ”ei varteenotettavaa epäilystä” -kynnystä, vaan että tämä kynnys on koskenut vain oikeustositseikkoja. Heuman on taas havainnut, että HD on ilmeisesti eräissä

670 Zahle 1976, s. 311.

ratkaisuisaan soveltanut todistustaakkaa ja näyttökynnystä todistustosiasioihin. Muuta oikeuskäytännön kannanottoa en ole havainnut. Tämän ei tarvitse todistaa mitään suuntaan eikä toiseen; on hyvin harvinaista, että oikeuskäytännössä todistusratkaisujen perusteluihin ylipäättään merkittäisiin erottuvalla tavalla, että tietty seikka on todistus- tai aputosiasia ja että siihen on sovellettu tai ei ole sovellettu määrättyä näyttövelvollisuutta tai -kynnystä.⁶⁷¹ Tämä ei siis käy todisteeksi todistusharkinnan prosessin kulusta.

Vaikuttaa siltä, että todistustaakan ja näyttökynnyksen sitomisen pelkästään oikeustositseikkoihin eli jutun lopputulokseen on aiheuttanut todistustaakan *käsitteen määritelmä* siltä osin, kuin taakka on siinä sidottu koko jutun lopputulokseen. Tämän vanhemman doktriinin lähtökohtana on ollut, että todistustaakka saa merkitystä vasta jutun lopputuloksessa: jos kannetta tai syytettä ei ole näytetty toteen, tutkitaan todistustaakkasäännöstä, kenellä taakka oli. On jäänyt varjoon, että todistustaakka ja näyttökynnys koskevat jokaista seikkaa erikseen, ja niitä koskevat säännöt ovat siis seikkakohtaisia. Vanhan käsityksen taustalla saattaa lopulta olla legaalaisesta todistusteoriasta periytyvä mielikuva, että ultima probandum on jutun (”själfva målet”) ainoa todistusteema ja että se on myös jakamaton.⁶⁷²

Dogmi, että todistustaakka saa merkitystä vasta jutun lopputuloksessa, ei siis pidä paikkaansa. Ainakin aika on ajanut jo kauan sitten väitteen ohi. Todelisuudessa todistustaakan ja näyttökynnyksen vaikutus alkaa jo ennen prosessia (kuten Ekelöfkin on myöntänyt⁶⁷³), ja se jatkuu koko oikeudenkäynnin ajan, todiste todisteelta ja seikka seikalta. Asianosaisilla on katsottu vieläpä olevan oikeus tietää, miten todistustaakan jako millonkin järjesty, eikä saa käydä niin, että he saavat tiedon tästä vasta valmiista tuomiosta. Vielä kolmanneksi: käytännön todistelumenettelyä ohjaa todistustaakan jako: teemaa koskevan taakan rasittaman asianosaisen todistelu siitä otetaan ensin vastaan; henkilötodistelussa vastakuulustelu kuuluu tämän vastapuolelle.

Jos olen Zahren kannan oikein ymmärtänyt, hän on päätenyt suunnilleen samaan lopputulokseen, mutta vielä suoraviivaisemmin eli katsomalla, että kynnys on kehäpäätelmästä.

Puhuttaessa skaala-arvioinneista taustalla on käsittäakseni ajatus jonkinlaisesta matematiikasta ja sen mukaisesta todennäköisyyksien ja todistusarvojen yhdisteleimisestä. Oltakoon Cohenin omasta induktiivisesta teoriasta mitä mieltä tahansa, hän on kuitenkin, kuten jäljempänä tarkemmin esitan, osoittanut

671 Kynnyksien korkeutta kyllä käsitellään ruotsalaisessa ja norjalaisessa oikeuskäytännössä paljonkin.

672 Vuoden 1734 RB 17:29 2 kohdan mukaan ”ett vittne om själfva målet gälle ej mer, än för halft bevis; och då bör den, som käres till, med ed sig värja”. Jakamattomuudesta esimerkiksi Lindell 1987, s. 79 ja Lainpelto 2012, s. 46 – 47.

673 Ekelöfin teleologista mallia (käyttäytymisen ohjausta) on vaikea kuvitella ilman, että tarkoitus on saada ihmiset toimimaan tietyllä tavalla jo oikeustoimia tehdessään – vaikka mitään oikeudenkäyntiä olisi edes ”ilmassa”.

matemaattisten mallien rajoitukset ja oikeastaan sopimattomuuden näytön komponenttien holistiseen yhdistelyyn. Tässä yhteydessä hän osoittaa, että eri portaiden todistustositseikoilta, niiden todennäköisyydeltä tai todistusvoimalta, voidaan edellyttää näyttökynnysten ylittämistä.

Väite, ettei näyttökynnys koske todistustositseikkoja, tarkoittaa, että niiden toteennäyttämisen ei ole kriteeriä, jonka täytyttyä voitaisiin sanoa, että todistustositseikka on tullut näytetyksi toteen. Samalla väitetään, ettei todisteketjussa ketju voi katketa; tämä on looginen väite, jos kerran hyväksytään, että todistustositseikka saa olla näytetty esimerkiksi tasolla ”oletettava” ja että se silti ”pärjää” mukana yhtenä lenkinä tällä arvolla. Ajatus vaikuttaa ainakin rakennusteknisesti mahdottomalta. Cohenin järkevä maksimiin mukaan todistelussa päämääränä on näyttää varmojen tosiseikkojen pohjalta todennäköisesti oikea lopputulos, ei todennäköisten – eikä varmaankaan oletettavien, saadaan kai lisätä – tosiseikkojen pohjalta varma lopputulos.

En siis pääse täysin perille logiikasta väitteessä ”oikeudenkäynnissä ei tule esille kysymys, onko todistustositseikan tueksi esitetty ’riittävä näyttö’” – josta väitteestä johtopäätös olisi, että ”ei tuollaisen faktan olemassaoloa myöskään voida ratkaista todistustaakkasäännöin”⁶⁷⁴. Paitsi näyttövelvollisuus, myös näytön riittävyyskysymys tulee käsittääkseni esille jokaisen näytettävän väitteen kohdalla, koska se sitten minkälaista teemaa tahansa – apu-, todistus- tai oikeustositseikkaa, kokemussääntöä, koti- tai ulkomaan oikeuden sisältöä tai mitä muuta todistelun kohteeksi päätyy. Aina läsnä on kysymys, *pitääkö väite paikkansa*. Tämä on riittävyyskysymys: esitetyn näytön vahvuutta verrataan näyttökynnykseen, oli tämä kynnyksen sitten selkeä (ainakin överbikt) tai enemmän tai vähemmän fiktiivinen. Ainakin itselleni on vieras ajatus, että todistustositseikan paikkansapitävyys jätettäisiin tässä mielessä jotenkin auki. Vanha sääntö ”nothing comes out of nothing” pitääne tässäkin paikkansa: jos *riittävä* paikkansapitävyyttä ei ole, ei ole todistustositseikan antamaa todistusvoimaakaan. Riittävyysvaatimus on voimassa, ainakin taka-alalla, riippumatta siitä, mitä todistusharkintateoriaa sovelletaankin.

5.9.2.3.2 Ekelöfin kannan kritiikkiä

Ekelöfin kanta on ollut monen prosessioikeuden tutkijan lähtökohtana. Otan siksi tarkasteltavaksi ensimmäisenä hänen esimerkinsä. Hän lausuu siinä siis näin:

”Däremot finns det inte några bevisbörderregler rörande *bevisfakta*. En sådan regel stadgar alltid om hur stark bevisning det krävs för ett rättsfaktum. Låt oss anta att kändaren i en tvist rörande klander av testamente som stöd för att testators själsförmögenheter varit nedsatta åberopar ett säreget uttalande, som denne skulle ha

674 Sitaatti Lappalaiselta 1986, s. 768.

gjort vid tiden för testamentets upprättande. Svaranden förnekar att testator skulle ha uttalat sig på detta sätt och käranden lyckas endast göra sitt påstående ”antagligt”. I sina domskäl förklarar rätten att den bortser från det ifrågavarande uttalandet, enär detsamma inte styrkts i målet.

Att förfara på dett sätt utgör ett rättegångsfel, ty testators uttalande är endast ett bevis för hans sinnesbeskaffenhet. Först då bevisvärderingen avslutats ovh rätten fastställt med vilken styrka olika rättsfakta blivit bevisade, kan det bli fråga om att tillämpa några bevisbörderegler. Detta innebär emellertid inte att man bortser från osäkerheten om testator någonsin fällt det ifrågavarande yttrandet. Som vi tidigare påpekat utgör den grad av säkerhet, varmed ett bevisfaktum blivit bevisat, en av de faktorer som *påverkar dettas bevisvärde*.”

Esimerkissä kantajalla on todistustaakka eli näyttövelvollisuus esittämästään, erikoista lausumaa koskevasta väitteestä. Väitteensä kantaja onnistuu näyttämään arvosanalla ”oletettava”; tämän kynnyksen olemassaolon (ja riittämättömyyden) Ekelöf myöntää. Kun väitteenä olevan todistustosiseikan oma todennäköisyys jää tasolle ”oletettava”, se ei tule näytetyksi toteen eli ei ylitä sitä kynnystä (”styrkt”), joka sitä koskee. Todistustaakka kertoo nytkin, kuka kärsii haitallisen seuraamuksen siitä, että seikka jäi näyttämättä: kantaja.

Kulkeneeko ajatus niin, että tuo lausuman esittämisen todennäköisyysaste eli oletettavuus (”den grad av säkerhet, varmed ett bevisfaktum blivit bevisat”) lasketaan yhteen⁶⁷⁵ muun näytön kanssa, joka on esitetty mielentilan heikentymisestä. Mutta näyttökynnykseen kaatunut todistustosiseikka on vaikutusellinen vain, jos sovelletaan matemaattista metodia: jos lausuman todistusvoima ’oletettava’ jäi arvoon 0.3 ja toinen todiste samalle teemalle on näyttöarvoltaan 0.6, kokonaisnäyttöarvo matemaattisella metodilla nousee arvoon 0.72. Tässä ollaan juuri sen yhdistämisongelman edessä, jota Cohen ankarasti kritisoi.⁶⁷⁶ Laskelma todistaisi, että *sellainen todiste, joka ei pidä paikkaansa, kuitenkin lisäisi teeman todennäköisyyttä*. Toisin sanoen arvolla 0.72 teema huonontunut mielentila ”seisoisi savijaloilla”.⁶⁷⁷ Asia tulee havainnollisemmaksi, jos ajatellaan, että todisteketjussa ollaan vasta alkupäässä ja edessä on useampia portaita. Varma oikeustosiseikka todennäköisin perustein vai todennäköinen oikeustosiseikka varmoin perustein?

675 Jos lausuma on E1 ja muu (itsenäinen) todiste huonontuneesta mieletilasta on E2, kaava $p(E1) + p(E2) - p(E1) \times p(E2)$.

676 Siksi Cohen 1977 todistaakin, etteivät tuomioistuimet sovellla matemaattista metodia. Tätä käsittelen jäljempänä.

677 Jos todistustosiseikkoihinkin sovelletaan övervikt-periaatetta, muu todiste 0.6:n vahvuksena riittäisi yksin. Epäonnistunut lausuma-todiste ei vaikuttaisi arvoa vähentävästi. Kantaja voi tuoda autokuorman todistajia, jotka eivät tiedä mitään, mutta jos yksi heistä tietää 0.6:n arvoisesti, sitä ei oteta häneltä pois.

Itse lähden siitä, että on metodin nimi sitten induktiivinen tai ei, matemaattista kaavaa ei voida soveltaa. Yksinkertaisesti: jos lausuman ei ole *näytetty* pitävän paikkansa, se *ei pidä* tässä kontekstissa paikkaansa eikä tue teemaa ”mielentilan heikentyminen” millään lailla. Se on ”jätettävä huomiotta”, kuten tuomioistuin esimerkissä oikein tekee.

Asia voidaan ilmaista myös niin, että todistustosiseikan *itsensä* tulee olla tietyn näyttökynnyksen ylittävällä tavalla tosi, jotta sillä voi olla merkitystä teemalle. Todistustosiseikan näyttöarvo toisin sanoen edellyttää seikalta *itseltään* (vähintään) todennäköisyyttä.

Esimerkki osoittaakin samalla, että todistustosiseikan(kin) näyttöarvon muodostumisessa tuon seikan *oman paikkansapitävyyden* todennäköisyys eli seikan oma totuudellisuus on joka tapauksessa yhtä ratkaiseva tekijä kuin sen relevanssi teeman kannalta: jos seikkaa koskeva väite ei pidä paikkaansa, on yhdentekevää, että seikka *olisi* teemalle hyvin relevantti, jos se *pitäisi* paikkansa.⁶⁷⁸

Rohkenen yleisemminkin muotoillen väittää, ettei palasista, jotka eivät pidä paikkaansa, voi koota johtopäätöstä, joka pitäisi paikkansa. Ensin on tutkittava, ovatko palaset asiaankuuluvalla tavalla arvioituina tosia, ja jos näin on, voidaan edetä suuremman kokonaisuuden (seuraavan asteen) tutkintaan. Seikan paikkansapitävyys tarkoittaa, että seikan todennäköisyys asianmukaisesti ylittää sitä koskevan *näyttökynnyksen*.

Esimerkissä tehdään myös oletus, että muuta näyttöä heikentyneestä mielentilasta oli olemassa. Jos niin ei olisi, myös probandumin eli mielentilan heikentymisestä esitetyn väitteen todennäköisyys ei voisi nousta ’oletettavan’ tasoa ylemmäksi.

Toinen kysymys on sitten, saataisiinko kahdesta todennäköisesti paikkansapitäväksi todistetusta todistustosiseikasta täyteen ”täysi näyttö” eli ylittyisikö styrkt-kynnys, kuten Ekelöf väittää.⁶⁷⁹ Joka tapauksessa vastaus jää riippumaan jutun laadusta – riittääkö esimerkiksi övervikt-kynnys.⁶⁸⁰ Ei voi sanoa niin yleisesti kuin Ekelöf tekee – eikä häntä ehkä ensimmäisenä ajateltaisikaan övervikt-kynnyksen kannattajaksi?

678 Ajatuskokeena voi testata tilannetta, että ”oletettava” olisi tietyssä tapauksessa riittävä vahvuus. Tällöin seikan siis katsottaisiin olevan olemassa, koska erityinen todistustaakkasääntö ilmoittaisi, että tuollaiselle seikalle riittää aste ”oletettava”. Tämäkään rakennelma ei kanna loppuun saakka, sillä todistustosiseikan kynnyseltä tulee ultima-vaiheen arvioinnissa kuitenkin vaatia suurempaa todennäköisyyttä kuin oikeustositseikan kynnyseltä. Tämä käy ilmi Cohenin teesistä, jonka hän tiivisti lauseeksi, että todistelussa tehdään todennäköisiä johtopäätöksiä varmojen tosiseikkojen pohjalta, ei varmoja johtopäätöksiä todennäköisten tosiseikkojen pohjalta.

679 Esimerkiksi Ekelöf 1982, s. 34.

680 Matemaattisen kaavan mukaan, jos kahden itsenäisen todisteen todennäköisyydet (vahvuudet) olisivat kumpikin 0.51, saataisiin $0.51 + 0.51 - 0.51 \times 0.51$ eli $1.02 - 0.26 = 0.76$, joka tulos riitajutussa jo voisi riittää. Mutta silloin sen tukena olisikin kaksi itsessään paikkansapitävää todistustosiseikkaa.

5.9.2.3.3 Onko vetoamisvelvollisuuden puuttumisella merkitystä?

Olisiko edellä sanotuista näkökohdista huolimatta sillä dogmilla, että todistustositseikkoihin ei tarvitse vedota, merkitystä pohdittaessa, koskeeko todistustaakka ja näyttökynnys todistus- ja aputosisasioita? Tämä olisi argumentin ”lainaamista” toisesta kysymyksenasettelusta, mutta sillä voisi olla oikeuskäytännön kannalta relevanssia. Voisi olla mahdollista ajatella, että todistustositseikat ovat jotenkin ”vähempiarvoisia” kuin oikeustositseikat, kun niihin ei edes tarvitsisi vedota.⁶⁸¹

On totta, että teeman tueksi esille tullut näyttö ei ole sidottua esittävään subjektiin: kantajan näyttö kelpaa vastaajan väitteen tueksi ja päinvastoin. Realismia kuitenkin on, että näyttö ei oikeussalissa sinkoile sattumanvaraisesti esiin. *Myös todisteeseen ja sen sisältöön vetoaminen on asianosaisen intressissä.* Hänellä on jopa velvollisuus ilmoittaa todisteensa ja niiden teemat ennen oikeudenkäynnin alkua. Tässä yhteydessä asianosainen kartoittaa nämä molemmat, ja hän joutuu ennakoimaan esimerkiksi sen, mitä kukin todistajaksi mietitty tulee kertomaan ja mitä mistäkin asiakirjatodisteesta käy ilmi. Yllätyksiä tapahtuu, eikä silloin ole harvinaista, että vastoin odotuksia vastapuolen hyväksi kertonut todistaja on muutoksenhakuasteessa vastapuolen nimeämänä.⁶⁸² Mitään väittämistäkaan kaltaista tiukkaa velvollisuutta ei laissa todistus- tai aputositseikkaan vetoamiselle ole, mutta jos asianosainen haluaa voittaa juttunsa ja saada todistajasta sitä varten hyödyn, hänen on kaiken järjen mukaan viisasta nostaa tämän kertomuksen sisältö pöydälle – samalla tavalla kuin oikeustositseikkakin.

Seikan mukaantulo todisteluun perustuu siis käytännössä väitteeseen sen olemassaolosta, ja seikalla on väittäjänsä, olkoon se syyttäjä, asianomistaja, syytetty, kantaja tai vastaaja. *Jonkun tehtävänä on esittää näyttö ja jonkun vahingoksi koituu näyttämättä jääminen, ja sen määrää todistustaakan jako.* Mitään estettä katsoa todistustaakan jaon soveltuvan kaikkiin todistelutilanteisiin ei ole. Päinvastoin, todistustaakan soveltaminen niin todistus- kuin aputositseikkojen oikeaksi todistamiseen on välttämätöntä ja se tapahtuu tälläkin hetkellä joka kerta ilman, että siitä tehtäisiin edes ”numeroa”. Tiedyt seikat kuuluvat kantajalle, tiedyt vastaajalle, eikä velvollisuus kuulu riitajutuissakaan aina väitteen esittäjälle. Rikosasiassa syyttäjän on näytettävä riittävällä vahvuudella toteen syytteesä oikeustositseikat ja kaikki näitä todistavat todistus- ja aputositseikat. Lisäksi syyttäjän on syytetyn väittämistä seikoista näytettävä useissa

681 Vrt. Lindellin 1987, s. 415 – 416 pohdiskelua siitä, mikä rooli käyttäytymistä ohjaavan funktion kannalta on tosiseikan kategorisoinnilla. Se, että oikeustositseikaksi katsotun seikan edellytetään tulevan vedetuksi, toimii funktiota vastaan. Lindell esittää, että HD:n tulisi saada asettaa ratkaisun pohjaksi myös ei-vedottu (mutta ”rättskapande” Lindellin terminologiassa, ks. s. 409) tosiseikka esillä olevassa jutussa; ”luomishetkellä” ei kuitenkaan uuteen tulokkaaseen vetoamista vaadittaisi, myöhemmin kyllä.

682 Vastapuolen ei yllättäen hyväkseen tulleeeseen kertomukseen ”tarvitse” vedota, mutta harva asianajaja malttaa jättää siitä loppulausunnossaan muistuttamatta, vaikka hyvin tietäinkin, ettei todistelun sisältöjä tarvitse loppulausunnoissa kerrata.

tapauksissa niiden negaatiot eli ei-olemassaolo. Esimerkiksi hätävarjeluväitteen olevien todistustosiasioiden paikkansapitämättömyys syyttäjän on näytettävä toteen, jos väitteen käsittelyn ”aloituskynnys” on ylitetty, ts. järkeviä näkökohtia on esitetty väitteen tueksi. Myös syytetyn väittämistä aputosiseikoista syyttäjän on yleensä esitettävä näyttö niiden paikkansapitämättömyydestä. Sama riittävän näytön esittämivelvollisuus koskee mutatis mutandis riitajutun asianosaisen väittämiä todistus- ja aputosiseikkoja.

Jos pidetään tiukasti kiinni siitä, että todisteisiin ja niiden sisältöön eli todistustosiseikkoihin ei tarvitse *vedota*, joudutaan samalla myöntämään, että vetoamisella on kuriaalikehässä kaksi eri merkitystä. Ainakin meillä lainsäätäjä puhuu OK:ssa edelleen, paitsi seikkoihin, myös todisteisiin vetoamisesta.⁶⁸³

Yleisenä, vapaaseen todistusteoriaan kuuluvana sääntönä tavataan esittää, että tuomioistuimien tekee ratkaisunsa kaiken käsittelyssä esiin tulleen perusteella, tulipa se kummalta puolelta tahansa. Klassinen huomautus, että oikeus voi ottaa todistelussa esille tulevan seikan huomioon viran puolesta, on kuitenkin käynyt mielestäni hiukan arkaaiseksi. Viimeistään EIT:n oikeuskäytännön korostamana vastaan on tullut tiukentunut kuulemisperiaate, adversarialisuus ja prosessin-johdollinen huolehtiminen vastapuolen kuulemisen periaatteen toteutumisesta. Tuomioistuimien ei voi ”omin päin poimia” ratkaisun suunnalle relevantteja seikkoja todistajankertomuksista tai esimerkiksi verotarkastuskertomuksista, jos niistä ei ole jollakin kontradiktorisuuden vaatimuksen täyttävällä tavalla keskusteltu. Toisin sanoen fraasi luvasta ottaa seikka huomioon ”viran puolesta” ei ainakaan enää tarkoita, että seikka saa tulla yllätyksenä tuomiossa.

Perinteisen ajattelun taustalla on ehkä ollut mielikuva siitä, miten todistajankertomuksesta ”heruu” seikkoja, jotka voidaan määritellä ei-väittämistäkaan tai ei-preklusio-uhan alaisiksi ja jotka siis tuomioistuimien voi ottaa viran puolesta huomioon ja vielä ilman preklusioportin läpikäyntiä. Väitän kuitenkin, että tällainen ajattelutapa ei vastaa arkipäivän todellisuutta eikä varsinkaan niitä periaatteita, joihin nykyprosessia on pyritty ohjaamaan. Samoin kuin asianosainen – olkoon rikos- tai riitaprosessissa – väittää asiansa vaatimien oikeustosiseikkojen olevan olemassa, hän väittää myös asiansa vaatimien muiden tosiseikkojen eli todistus- ja aputosiseikkojen olevan olemassa. Hänen asianaan pääsääntöisesti on näiden seikkojen kartoittaminen, esiintuominen ja toteennäyttäminen. Hän saa niistä koituvan edun, jos onnistuu tässä todistelussaan, ja tappion, jos epäonnistuu. Perinteinenkin doktriini tunnustaa näidenkin seikkojen kuuluvan todistusharkinnan piiriin. Mikä olisi peruste katsoa, ettei myös todistustaakka ja sen osana näyttövaatimus liittyisi todistus- ja aputosiseikkoihin?

⁶⁸³ Ks. esimerkiksi OK 5:20.1 ja 6:9.2. Todiste ulkoisena oliona ei yleensä vielä ”puhu itse”, ja tarkempaa olisi kaiketi puhua todisteiden *sisältöön* vetoamisesta – ja sisältö taas koostuu tosiseikoista.

Edellä mainitut näkökohdat koskevat siis yhtä lailla aputosisiikkaa.⁶⁸⁴ Jos syytetty väittää, että tapahtumapaikalla oli pimeää ja sumua ja että syyttäjän silminnäkijätodistaja ei ollut todellisuudessa voinut nähdä yhtään mitään kertomistaan seikoista, uskottavuus on todistusteema, jota todistetaan oikeaksi todistusteemoilla ”paikalla oli pimeää ja sumua”, ja väitteet on näytettävä toteen riittävällä todennäköisyydellä. Sen, kumpi asianosaistaho on näyttövelvollinen näkemäesteestä tai esteen puutteesta, määrää todistustaakan jako. Lopputulos tuomion perusteluissa ei voi myöskään olla, että paikalla oli ollut ”oletettavasti” tai ”mahdollisesti”, vielä vähemmän ”20 prosentin todennäköisyydellä” pimeää ja sumua. Jos puolustajan väite huonoista näkemäolosuhteista menestyy, syyttäjän todistajan kertomuksen koko sisältö voi jopa mitätöityä⁶⁸⁵.

5.9.2.3.4 Erityisesti ketjutodistelutilanteesta

Lappalainen katsoo edellä kerrotulla tavalla, että ketjutodistelutilanteessa ”välillisen todistelun ’vajavaisuus’ tässä mielessä ei siis muodollisesti katkaise todisteiden ketjuvaikutusta, vaan vaikuttaa yksin todistustosisiikan näyttöarvoon”. Kuten jäljempänä todennäköisyysteorioita koskevassa esityksessä käy tarkemmin ilmi, ketjutodistelussa kuitenkin *peräkkäisten* lenkkien eli alempien portaiden todistustosisiikkojen näyttöarvot *kerrotaan* keskenään – toisin sanoen, mitä enemmän epävarmuutta ketjussa alhaalla on, sitä epävarmempi on myös tässä pyramidissa ylemmänä oleva todistustosisiikka. Jos ylemmän tason todistustosisiikkaa (tai vaikkapa oikeustosisiikkaa) todistaa ketjussa alempana näyttöarvoltaan nollan arvoinen todistustosisiikka (ja tämä on ainoa todiste), ketju on ymmärrykseni mukaan kyllä katkennut.⁶⁸⁶

Asian voi tuoda esiin sekä sanallisesti että matemaattisesti. Jos ketjussa on kovin monta ”todennäköistä” todistustosisiikkaa tai jos kolmen perättäisen, toisistaan riippumattoman todistustosisiikan $F_{1...3}$ todistusarvot ovat 0.75 kukin⁶⁸⁷, ei ole erityisen todennäköistä, että oikeustosisiikka on tullut näytetyksi

684 Vrt. Stening 1975, s. 73 – 74. Hän huomauttaa perustellusti, että aputosisiikan teema ei ole sama kuin sen probandumin teema. Aputosisiikan teema on päätosisiikan uskottavuus, ei sen materiaallinen sisältö. Ehkä tästäkin voi olla poikkeuksia.

685 Pimeys ja sumu ovat adjektiivisia ja myös kvantitatiivisia olosuhteita. Jos tällaista käytetään aputosisiikkana, luonnollinen (ja triviaali) lähtökohta on kuitenkin samalla olettaa, että pimeyden tai sumun määrä on ollut niin vahva, että sillä on ollut merkitystä havainnoinnille.

686 Jos nollan arvoinen todistajankertomus ei sen sijaan ole ainoa samantasoinen todiste ja siis ylemmän tason todistustosisiikkaa (tai oikeustosisiikkaa) on tuon nolla-arvoiseksi osoittautuneen rinnalla kannattelemassa muitakin todisteita, nollalla ei ole merkitystä. Tämä vastaa käytännön tilannetta: todistajien joukkoon ek synyt täysin tietämätön todistaja ei alenna saati mitätöi todistusvoimaisia muiden kertomuksia. Toinen asia on, onko hänen tietämättömyydellään muunlaista merkitystä.

687 Tällöin koko ketjun näyttöarvo on $0.75 \times 0.75 \times 0.75$ eli noin 0,42. Tilanteesta, jossa seikat ovat riippuvaisia toisistaan, mutta tiedetään, että todennäköisyys faktalla F_2 perustuu tietoon, että F_1 on olemassa ja vastaa- vasti todennäköisyys faktalla F_3 perustuu tietoon, että F_1 ja F_2 ovat olemassa, ks. Stening 1975, s. 64 – 66 ja 70 – 73. Hän on osoittanut, että aputosisiikoilla ketjutodistus-kaavaa ei käy soveltaminen, koska aputosisiikkojen todistusteema ei ole todistustosisiasia, vaan hänen käsityksensä mukaan kokemussääntö, sen valinta (s. 73 – 74). Tämän väitteen yleinen paikkansapitävyys voi mielestäni olla kyseenalainen – ehkä kysymys on pikemminkin yhdestä ja samasta kokemussäännöstä, mutta sen vaikutuksen kvantitatiivisesta vaikutuksesta – samoin kuin esimerkiksi vahingon laajuudessa.

toteen. Heikkoa näyttöarvoa ei paranna se, että ketjun seuraava lenkki olisi heikko. Syyttäjä tai riitajutun näyttövelvollinen ei ole onnistunut kantamaan todistustaakkaansa.

Jos taas seuraava porras onkin vahvempi: todistusarvot riippumattomassa ketjussa olisivat 0.4, 0.8 ja 0.9, vahvat todisteet lepäisivät heikolla perusteella. Huteralle pohjalle ei voi rakentaa, vaikka rakennuksen yläosa itsessään olisi hyvinkin vahva. Tuossa tilanteessa intuitiivinen ajattelutapa voi kätkeä virheen. Sekä kirjallinen että matemaattinen ajattelutapa paljastaa sen, ja se tulee ilmi ainakin perusteluja kirjoitettaessa. On mahdotonta perustella vakuuttavasti, jos ketjussa on yksi, saati useampia peräkkäisiä ”todennäköisyyksiä”, jotka eivät ylitä *omaa kynnystään*. Sitä, mikä on oma kynnys, pohdin seuraavassa jaksossa.

Todellisuudessa todistustosiseikka saattaa olla sellainen oikeustositseikan tukipilari, että kun se kaatuu eli sen todennäköisyys jää alle 0.5:n tai *brd:n*, oikeustositseikka kaatuu heti. Aina ei ole käsillä todistustosiseikkojen joukkoa, jonka voima riittää oikeustositseikan toteennäyttämiseksi.

Eräs käytännön tilanne, jossa todistustositseikan näyttö arvioidaan ”riittäväksi”, ja matematiikka jätetään sivuun, on seuraava. Dispositiivisessa riita-asiaassa todistustaakalla rasitettu asianosainen nimeää todistustositseiasiaa koskevan väitteensä tueksi useampia todistajia. Kun ensimmäinen on kuulusteltu, tämä asianosainen toteaa, että todistustositseikka tuli nyt riittävästi todistetuksi. Vielä parempi on, jos vastapuoli on kysyttäessä samaa mieltä ja seikka voidaan todeta riidattomaksi. Tällöin nimennyt asianosainen luopuu kyseisen seikan osalta enemmistä todistajista. Todistelukin on dynaamisesti etenevä prosessi, jossa näyttöä ei arvioi yksin oikeus vaan myös asianosaiset.

5.9.2.3.5 Uusi vaaran lähde vai uusi relevantti kysymys:

Mikä on todistus- ja aputositseikan näyttökynnys?

Jos lähdetään esittämälleni linjalle, tulee esiin seikka, jonka Ekelöfin ja hänen seuraajiensa kanta on pitänyt lähes piilossa, mutta joka yhtä kaikki ei ole merkityksetön. (Edellisen kappaleen esimerkeissä selvyiden vuoksi sivuutin sen numeroa tekemättä.) Sillä, että todistustaakan ja näyttökynnyksen katsottaisiin koskevan myös todistus- ja aputositseioiden näyttämistä, ei ole vielä sanottu mitään siitä, *mikä on* sellaisen seikan näyttökynnys. Mikä toisin sanoen on todistettavan seikan näyttökynnys silloin, kun *todistettavana on muu kuin ultima probandum ja sen komponentit*.

Kysymyksenasettelu saattaa vaikuttaa häiritsevältä ja uuden ”vaaran lähteen” avaamiselta. Kysymys ei kuitenkaan ole uusi. Kyse on samasta ilmiöstä, jota *common law*’n piirissä on pohdittu ”päättelystä päättelynä”. Kysymyksenasettelu on ollut lähinnä se, edellytetäänkö edellisiltä portailta tai lenkeiltä riitajutussa vahvempaa (*brd*) vai samanvahvuista (*bop*) näyttöä kuin *ultima probandumilta* (*pob* tai *preponderance*).

Yksi vaihtoehto on lähteä siitä, että riittävä näyttö ”alempana” on sama kuin ultima probandumin kohdalla eli rikosjutuissa yleensä brd, riitajutuissa usein näytön vahvuus eli övervikt.

Syytetyn väitetään surmanneen (oikeustosisiikka) uhrin. Jos syytetyn aiemmin esittämäksi väitetty ja mainitun oikeustosisiikan tueksi esitetty väite tappouhkauksesta (todistustosisiikka) on tullut näytetyksi 0.3:n todennäköisyydellä, prosessuaalinen totuus oikeudenkäynnissä on, että tappouhkausta ei ole esitetty. Ei voida perustella niin, että uhkaus on ”luultavasti” esitetty. Toisaalta, vaikka todennäköisyys olisi 0.6, on kyseenalaista, voidaanko tuossa rikosjutun tilanteessa sanoa, että se on esitetty tai todennäköisesti esitetty. Kun todisteltavana on syytetyn läsnäolo paikalla, jossa joku on astaloa käyttäen surmattu, läsnäolo rikospaikalla on ollut epäilemättä surmaamisteon välttämätön edellytys. Silloin se ei voi olla muuta kuin oikeustosisiikka, joten läsnäolon näyttökynnyks on normaali rikosasian oikeustosisiikan kynnyks (brd).

Cohen on osoittanut, että matemaattisia malleja ei päättelystä päättelyyn kuitenkaan voida käyttää. Hänen yksityiskohtainen todistuksensa tästä käy ilmi jäljempänä baconiaanisten todistusharkintateorioiden käsittelyssä (jaksossa päättelystä päättelyn ongelma). Hänen esityksensä osoittaa kuitenkin havainnollisesti, miten tärkeää on, että ketjun aikaisemmilla portailla olevat todistus- ja aputosiiseikat tulevat näytetyiksi toteen riittävällä vahvuudella, koska jokainen porras vaikuttaa lopputuloksen vahvuuteen.

Koska pohjoismainen kirjallisuus on edellä kuvatuin tavoin lähtenyt pääosin siitä, että näyttökynnyksnormit eivät koske todistus- ja aputosiasioita, mahdollista näyttökynnyksestä viimeksi mainituille ei siinä eikä meillä muutenkaan juuri ole pohdittu. Tosin esimerkiksi Heumanin muutoin tiukasta dogmatiikasta käy ilmi, että hän edellyttää todistustosisiikalta vähintään 0.5:n kynnyksen ylittämistä,⁶⁸⁸ toisin sanoen seikan paikkansapitävyyden todennäköisyyden tulee olla suurempi kuin sen ei-paikkansapitävyyden todennäköisyys. Common law’n piirissä kysymys on saanut huomiota enemmän. Siellä ainakin Cohen on ottanut voimakkaasti kantaa todistustosisiikkojen näyttökynnykseen, kuten jäljempänä käy ilmi.

Vaihtoehtoja on lähinnä kaksi. Useinkaan todistusoikeudessa ei normatiivisia rajanvetoja sidota teknisiin käsitemäärittelyihin: sama vaatimus pätee, vaikka käsitteellä olisi eri nimi. Näyttökynnyksen kohdalla on loogista ajatella, että kanteen ja syytteen osatekijät on näytettävä samalla vahvuudella, olivat ne sitten millä portaalla tahansa. Tämä ei ole käytännön kannalta lainkaan niin utopistinen johtopäätös kuin ensi katsannolta voisi olettaa. Sen hyvä puoli olisi selkeys

688 Heuman 2007–08, s. 911: ”Om ett bevisfaktum gjorts sannolikt, utan att det blivit styrkt, skall domstolen inte bortse från detta faktum med stöd av en bevisbörderegel. Domstolen skall i stället väga samman bevisvärdet av detta bevisfaktum med annan bevisning. Om ett flertal bevisfakta vägs samman kan detta leda till att ett rättsfaktum anses bevisat.”

ja ilmeinen hyväksyttävyyys: voi kysyä, miksi jonkin perustana olevan seikan näyttämiseen riittäisi huonompi näyttö kuin suoraan oikeusseuraamuksen osana olevaan seikkaan. Tämä kynnyksen samanasteisuus poistaisi myös Lindellin ja Lindblomin esityksissä edellä viitatus mahdollisen ”porrasasteshoppailun”.

Toinen vaihtoehto on, että todistustositseikan tulee pitää paikkansa ainakin sillä varmuusasteella, että sen paikkansapitävyys on todennäköisempi kuin ei-paikkansapitävyys. Tämä viittaisi övervikt-periaatteen suuntaan ja vaikuttaisi myös hyväksyttävältä. Cohen on kuitenkin esittänyt, etteivät alemmilla portailla olevat seikat saa olla heikommin näytettyjä kuin ultiman muodostavat seikat. Tämä johtaa siihen, että riitajutuissa, joissa sen kynnyks on korkeampi kuin balance of probabilities, saman kynnyksen täytyy koskea niitä, ja rikosjutuissa beyond reasonable doubt -kynnyksen tulee vastaavasti koskea niitä. Lisäksi, vaikka viimeisen portaan eli oikeustositseikan kohdalla näyttökynnys olisi esimerkiksi lainsäätäjän toimin alennettu, edellisten portaiden on kuitenkin täytynyt tulla näytetyiksi vähintään normaalilla näyttövahvuudella, toisin sanoen kynnyksen laskeminen ei alenna niiden kynnyksiä. Meille sovellettuna: jos kysymys on rikosasiasta, tahallisuuden tai tuottamukseen riittää övervikt-vahvuinen näyttö, mutta sen todistavat aiemmat portaavat on näytettävä toteen niin, ettei niistä jää varteenotettavaa epäilystä. Toisin päin ei voi olla. Matemaattinen ajattelu auttaa ymmärtämään asian, vaikka lopullinen päätöksenteko tapahtuisikin muun ajattelumallin – kuten Cohenin induktiivisen teorian – mukaisesti.

Cohenin useamman kerran tässäkin toistettu periaate on, ettei todistusharkinnan päämäärä ole tehdä varmoja ratkaisuja todennäköisillä perusteilla, vaan todennäköisiä ratkaisuja varmoilla perusteilla.

Aputositseikan kohdalla kynnyks epäilemättä riippuu teemana olevasta uskotavuus-tekijästä. Katuvalo rikospaikan yllä joko paloi tai ei palanut: tällöin todistustositseikasta lausuttu voi päteä aputositseikkaankin. Jos kysymys on sumun paksuudesta eli määrällisestä suureesta, kuvaan voi astua koordinaatisto, jossa x- akseli kuvaa sumun paksuutta ja y-akseli sitä koskevan näytön vahvuutta!

5.10 Transitiivisuudesta ja konjunktioista

5.10.1 Johdantoa

Todistustositseikan todistusvoiman transitiivisuudella tarkoitan todistusvoiman mahdollisuutta siirtyä portaalta eteenpäin, siis ”ylimääräisen” todistusvoimaa mahdollisuutta siirtyä eteenpäin ja tällöin ehkä vahvistaa (ainakin) seuraavan portaan heikkoa probandaa. Jos olen oikein ymmärtänyt, suunnilleen tai osittain tästä on kysymys Erik Björlingin esittämässä Lindellin ja Lindblomin

näkemyksen vertailussa.⁶⁸⁹ Kysymys voidaan kuvata myös niin, säilyykö todistus-tosiseikan todistusvoima ”hengissä loppuun asti” eli oikeustositseikastoon saakka vai häviääkö se, kun siirrytään portaikossa eteenpäin. Sama kysymys voidaan tehdä käänteisesti: häviääkö matkalle jäänyt epävarmuus todella eikä tule eteen enää oikeustositseikaston tullessa vuoroon? Jos todistusvoima olisi transitiivinen, se tarkoittaisi, että todistusvoimaltaan 0.75:n arvoinen todistusitseikka voisi jotenkin antaa 0.25:n edestä voimaa seuraavien teemaväitteiden vahvuuksiin.

Joka tapauksessa Cohen torjuu transitiivisuuden. Jokainen seikka portaiden tasoilla puhuu vain omalla voimallaan ja omasta puolestaan, mutta seikan no-teeraaminen edellyttää, että se ylittää itse oman kynnyksensä.

Seuraavia ongelmanasetteluja käsittelen jäljempänä Cohenin mukaan kon-junktio-ongelmana. Selvennän kuitenkin yleisempää, mutta kvalifioitussa mer-kityksessä käytettyä transitiivisuuden käsitettä seuraavalla ”pelinavauksella”. Sovellan yksinkertaisuuden vuoksi siinä teemametodia ja övervikt-periaatetta. Lisäksi oletan, että kyseistä ”linjaa” todistaa eri portaissa kussakin vain yksi todiste, toisin sanoen ei ole rinnakkaisia todisteita, vaan liikutaan yhtä linjaa ylöspäin.

Alimman tason todistusitseikka F_1 näytetään toteen vahvuudella 0.7. Jää siis tieto siitä, että 0.3:n todennäköisyydellä seikka ei pidä paikkaansa. Sen teemana on seuraavan tason totiseikka F_2 , ja se näytetään olevan totta 0.6:n todennäköisyydellä, siis sen paikkansapitävyyden todennäköisyys on 0.6 ja paik-kansapitämättömyyden todennäköisyys on 0.4. Kolmas taso portaissa olkoon jo oikeustositseikan F_3 . Se näytetään toteen 0.7:n todennäköisyydellä, ja sen siis katsotaan pitävän paikkansa.

Vai katsotaanko? Seikkaahan rasittaa taustalla melkoinen epävarmuus. Por-taiden varmuudet voidaan kertoa keskenään sen selvittämiseksi: $0.7 \times 0.6 \times 0.4 = 0.168$. Kysymys kuuluu, raahataanko myös epävarmuutta pohjalta asti mukana?

Jos epävarmuutta ei raahata mukana, se tarkoittaa, että kukin porras ote-taan vain itseisarvoltaan mukaan ja se itseisarvo on, että seikka selvisi testistä. Epävarmuus häivytetään eikä sitä noteerata enää myöhemmin. Vähimmäise-dellytyksenä kuitenkin täytyy olla, että jokaisen portaan todistusitseikkakin selviää omasta kynnyksestään; jos niin ei tapahdu, ketju katkeaa.

Vai katkeaa? Nyt siis ei ole muita tukemassa. Jos ensimmäisen totiseikan todennäköisyydeksi saadaan 0.8 ja toisen 0.3, onko todistusvoima myös toisel-la puolella transitiivista: selviääkö toinen porras sittenkin testistä arvosanalla

689 Björling 2017, s. 172 alaviite 589. Alaviite on pitkä ja typistettynä vaikeaselkoinen, mutta asia ei mielestäni ole vailla merkitystä. Se saattaa olla ainakin jostakin näkökulmasta myös sen ns. skaala-arvioinnin taustal-la, johon Lappalainen on viitannut katsoessaan, että näyttökynnysnormit eivät koske todistusitseikkoja. Palaan Björlingin avaamaan Lindellin ja Lindblomin kysymyksenasetteluun laajemmin jäljempänä jaksossa ”Entä jos todistusitseikka olisikin oikeustositseikka tai päinvastoin?”.

$0.3 + 0.2 = 0.5$, kun sille annetaan lupa lainata alemman portaan pussista $0.8 - 0.2$, ja sinne jää vielä 0.6 .

Käsittääkseni jälkimmäinen lainaus ei onnistu, yksinkertaisesti siitä syystä, että ketjussa ei voi olla paikkansapitämättömiä lenkkejä. Ensimmäisen ja toisen portaon sisällöt ovat erilaiset eikä niitä voi laskea yhteen – kuten ei omenia ja päärynöitä.

Edellä avasin kysymystä vertikaalisesti, portaalta portaalle. Samankaltainen kysymys voidaan kuitenkin esittää myös horisontaalisesti. Jos käsillä on oikeustositseikat $F_{1...5}$ ja ne on näytetty todennäköisyyksillä $0.6, 0.8, 0.2, 0.5$ ja 0.4 , kysytään, onko kanne näytetty toteen. Vastaava kysymys voidaan tehdä rikosprosessin puolella, kun korotetaan arvoja niin, että muut oikeustositseikat selviäisivät kynnyksestään, yksi ei, ellei saa ”vetoapua”. Onko syyte näytetty toteen?

5.10.2 Yksittäiset oikeustositseikat vai seikasto näyttövaatimuksen kohteena

Todistusteemaa koskevassa jaksossa sivusin kysymystä, tuleeko näyttökynnyksen kohdistaa kuhunkin yksittäiseen oikeustositseikkaan vai oikeustositseikkojen kokonaisuuteen. Kysymyksiksi määrittelin, ovatko teemoja kanteen tai rikoksen 1) tunnusmerkistö itse kokonaisuudessaan, 2) sen yksittäiset tunnusmerkistötekijät, tai 3) molemmat.

Auki jäi myös kysymys, pitäisikö komplisoidun tunnusmerkin sisältö, esimerkiksi huolimattomuus,⁶⁹⁰ jakaa vielä alateemoihin, jos ne ovat tähän tarkoitukseen riittävän erillisiä. Esimerkkinä kuvasin huolimattomuuden kohdalta tilanteen, jossa työntekijän on ohjeiden mukaan suoritettava tietyn työtehtävän osiot määrättyssä järjestyksessä (painettava useita painikkeita, A, B, C, D ja E, määrättyssä järjestyksessä). Pitäisikö toimintoa esimerkiksi ”painikekohtaisesti” eli jokaisen napin painamista ja sen tapahtumista oikeassa kohdassa pitää omana oikeustositseikkanaan?

Kysymyksessä totesin olevan myös konjunktio-ongelman, koska *jos* koko tunnusmerkistö on ratkaiseva näyttökynnyksen kohde, eri oikeustositseikkojen todennäköisyydet tulee eräiden näkemysten mukaan kertoa keskenään, jos asiaa tarkastellaan matemaattisesti. Tällöin jutun ratkaisu voi muuttua radikaalisti verrattuna siihen, että pidettäisiin riittävänä, että kukin oikeustositseikka yksinään ylittäisi kynnyksen. Sama koskee komplisoidun oikeustositseikan jakamista alateemoihin, koska tällöinkin tarvitaan konjunktioita – jos sovelletaan matematiikkaa.

690 Bolding 1989, s. 21 käyttää tällaisesta ”pääteemasta” nimeä definitiv bevistema ja sen alateemasta nimeä preliminar bevistema. Esimerkkinä pääteemasta hänellä on juuri huolimattomuus, mutta tieliikenteessä.

Sama kysymys voidaan kuvata myös niin, tulisiko yksittäisiin, sinällään näytettyihin oikeustositseikkoihin jääneet epävarmuudet kumuloida vai ei. Kumuloinnin lopputulos on sama kuin jos vaaditaan, että oikeustositseikkojen todennäköisyydet on vielä kerrottava keskenään.

Lähtökohtaisesti käytännössä voi olla niin, että se, miten pitkälle huolimattomuuden kaltaista komplisoitua teemaa on mahdollisesti analysoitava tai voidaan analysoida pienemmiksi ”alateemoiksi”, riippuu paitsi jutun laadusta, myös esimerkiksi kiistämisen kohdistumisesta. Painike-esimerkkini ei ole kuitenkaan niin teoreettinen kuin miltä se näyttää. Painikkeiden sijaan voidaan ajatella työvaiheita, jotka on suoritettava tietyssä järjestyksessä, jotta lopputulos olisi oikea. Esimerkiksi työturvallisuuden kannalta tämä voi olla merkityksellistä.

Yhden oikeustositseikan tunnusmerkistöjen kohdalla ei ongelmia olisi. Sellaisia tunnusmerkistöjä ei liene kuitenkaan olemassa – saati että olisi vain yksi ”kova” tosiseikka. Säännönmukaisesti abstraktinen tunnusmerkistö sisältää useita sekä kovia että kompleksisia, useista seikoista koostuvia tunnusmerkistötekijöitä. Niiden joukossa on arvottamista edellyttäviä suureita.

Usein lain tunnusmerkistö eli abstraktinen oikeustositseikasto on tuotu esiin kompleksisella ilmaisulla, joka on sellaisenaan arvostuksenvarainen käsite (tahallisuus, tuottamus, sopimattomuus, kohtuullisuus, virhe, vahinko, lahja), mutta jossa arviointi perustuu yhteen tai useampaan ”kovaan” faktaan. Onko ultima probandum arvostuksenvarainen lopputulos vai ovatko sitä nuo yksittäiset kovat faktat? Kysymys voidaan asettaa myös niin, kohdistuuko näyttövaatimus ja todistustaakka yksittäisiin, kompleksisen tunnusmerkistön muodostaviin seikkoihin vai itse tuohon tunnusmerkistö-kokonaisuuteen: kumpi on viimekätisenä todistusteemana. Asetelma on samanlainen myös silloin, kun viimekätinen lopputulos ei ole arvostuksenvarainen, vaan itsekin kaikin puolin ”kova” fakta.

Kysymys on laaja, ja Eckhoffin mukaan sillä on ”fundamental betydning”.⁶⁹¹ Kysymys on myös teemoittamisesta, mutta teemoittamisen suosituksilla ei voida ratkaista taustalla olevaa periaatekysymystä.

RL 21:1:ssä, tappoa koskevassa säännöksessä, on näennäisesti vain yksi tekijä (”tappaa”), kun teon objekti ”toisen” ei vaikuta ongelmalliselta. Kuitenkin myös se on kvalifioitu tunnusmerkistötekijä, kuten sana ”tappaa” paljastaa: uhrin on oltava teon hetkellä elossa. Lisäksi tapon tunnusmerkistöön kuuluu tunnetusti kolmas tunnusmerkistötekijä eli tahallisuus. Kohtalaisesti enemmän tunnusmerkistötekijöitä on RL 30:9:ssä sanktoidussa kirjanpitorikoksessa:

691 Eckhoff 1943, s. 92.

”Jos kirjanpitovelvollinen, tämän edustaja, kirjanpitovelvollisessa oikeushenkilössä tosiasiallista määräysvaltaa käyttävä tai se, jonka tehtäväksi kirjanpito on toimeksiannolla uskottu,

- 1) laiminlyö liiketapahtumien kirjaamista tai tilinpäätöksen laatimista vastoin kirjanpitolainsäädännön mukaisia velvollisuuksia,
- 2) merkitsee kirjanpitoon vääriä tai harhaanjohtavia tietoja taikka
- 3) hävittää, kätkee tai vahingoittaa kirjanpitoaineistoa

ja siten vaikeuttaa oikean ja riittävän kuvan saamista kirjanpitovelvollisen toiminnan tuloksesta tai taloudellisesta asemasta, hänet on tuomittava kirjanpitorikoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

Onko esimerkissä näyttökynnyksen ja siis todistusharkinnan kannalta ratkaisevaa a) koko tunnusmerkistön yhteinen todennäköisyys, b) kunkin tunnusmerkistökijän oma erillinen todennäköisyys, vai c) yksittäisen tunnusmerkistökijän osan todennäköisyys. Esimerkki viimeksi mainitusta voisi olla kohdan 3 mukaiset todistusteemat ”hävittää” ja ”kirjanpitoaineistoa”; jos tunnusmerkistön osatekijä-vaihtoehto on voimassa, olisi näytettävä vaaditulla todennäköisyydellä sekä hävittäminen että materiaalin luonne kirjanpitoaineistona.

Jutun oikeusseuraamuksen tuomitsemiselle vaihtoehtoisten oikeustositseikkojen todennäköisyydet lasketaan yhteen yhteenlaskukaavalla.⁶⁹² Tämän säännön mukaan, jos kirjanpidon hävittämisen todennäköisyys on 0.20, kätkemisen 0.40 ja vahingoittamisen 0.30, yhteinen todennäköisyys olisi $0.90 - 0.2 \times 0.4 \times 0.3 = 0.90 - 0.024 = 0.876$. Jos vaikeuttamistunnusmerkki olisi näytetty 0.9:llä ja tahallisuus 0.6:lla ja jos syyte perustuisi näihin kolmeen tekotapaan, koko syyte olisi näytetty vain 0.525:n todennäköisyydellä, (0.788×0.6) mikä olisi auttamattoman vähän. Yksikään luetelluista tekotavoista ei ylitä edes 0.5:n kynnystä, saati mitään rikosprosessuaalista kynnystä.⁶⁹³

”Fundamentaalisena” kysymyksen osalta (ultima probanda vai ultima probandumit) asetan hypoteesiksi, että rikosprosessin puolella näyttökynnys ”ei

692 Kaava on esim. Lindellin 1987 sivulla 203: riippumattomien vaihtoehtojen x ja y todennäköisyydet lasketaan yhteen ja summasta vähennetään sen todennäköisyys, että jompikumpi sattuu: jos $x = 0.5$ ja $y = 0.5$, todennäköisyys että jompikumpi eli x tai y sattuu, on $0.5 + 0.5 - 0.5 \times 0.5$ eli $1.0 - 0.25 = 0.75$.

693 Lindellin 1987, s. 203 – 204 esimerkki on (erikoista kyllä) hänen mukaansa vahingonkorvausoikeudellinen, mutta perustuu kolmeen liikennesäännön rikkomiseen (kukin oma oikeustositseikkansa). Kun tuottamusta kysytään, miten oikeustositseikkoja arvioidaan? Käytännössä kai jokainen niistä luo tuottamuksen, mutta jos rikkoo kolmea sääntöä, läksy on sitä ankarampi. Toisin sanoen vaihtoehtosääntöjen putoaminen pois ei vaikuta ”pääoikeustositseikkaan” (tuottamukseen) muuten kuin tekemällä siitä raskaampaa. (Sitä paitsi tuottamukseen ei olisi mikään jutun pääoikeustositseikka, vaan yksi sen oikeustositseikoista, tekijän konkreettisten tekojen muodostamien oikeustositseikkojen lisäksi.)

varteenotettavaa epäilystä” koskee sekä jokaista tunnusmerkistötekijää että tunnusmerkistöä kokonaisuutena, toisin sanoen yhdenkin tunnusmerkistötekijän todennäköisyyden jääminen tuon ”riman” alle kaataa kokonaan rikoksen syyksilukemisen. Tosin rikoksen tahallisuuden toteennäyttö on meillä dolus eventualiksena ”vain” vahvemmuuskynnyksen takana, olkoonpa kysymys materiaalin kirjanpitoaineisto-ominaisuudesta (olosuhdetahallisuus) tai siitä, että teon seurauksena aineisto häviää (seuraustahallisuus); tekijän tietoisuuden on oltava todennäköisempää kuin sen, ettei hän tiennyt.

Alateemoihin jakamisen kannalta esitän hypoteesin, että jakamiseen ei tulisi mennä, jos järjestelmän halutaan toimivan. Jos nimittäin alateemoille ylipäätään halutaan antaa merkitystä, on johdonmukaista, että niitä pidetään oikeustosi-seikan asemassa olevina ja niiltä vaaditaan sama mitä oikeustositseikka-päätteenä olevilta oikeustositseikoilta, eli niidenkin kesken on suoritettava kertolas-kuja. Muutoin seikat kaiketi olisivat todistustositseikkoja. Mutta jos matematiikka laitetaan sivuun (vaikka sille annetaan heuristista arvoa), jakaminen *voi ehkä joskus* olla pääteeman ja todistelutilanteen kannalta järkevää.

On paikallaan joka tapauksessa retorisesti kysyä, missä määrin jutun ratkaisu asetetaan riippuvaksi tosiseikka-käsitteiden teoreettisesta luokittelusta – toisin sanoen jakamisoperaatiolla säännellään ratkaisun lopputulosta.

5.10.3 Konjunktion ongelmasta yleensä Cohenin mukaan

Vaikka Cohen käsittelee konjunktioperiaatetta matemaattisten, frekvenssipohjaisten teorioiden ongelmana, kysymys on sama kaikissa matemaattisia näyttöarvoja hyödyntävissä teorioissa. Esiteltyään ongelmat hän käy läpi neljä ”pakotietä”, joilla ne voitaisiin välttää. Hänen lähtökohtansa molemmissa osioissa on common law’n balance of probabilities- eli bop-standardi, joka näyttökynnyksenä tarkoittaa lähtökohtaisesti (muttei välttämättä aina) samaa kuin övervikt eli näytön vahvuuden enemmyyttä (>0.5).

Todisteiden todennäköisyyksien yhdistäminen eli konjunktio tapahtuu kertomalla todennäköisyydet toistensa kanssa. Tällöin ongelmia ilmenee sekä yhdistettäessä saman tosiseikan todistelua koskevien (perättäisten) todisteiden näyttöarvoja että arvioitaessa, ylittääkö koko kanteen tai syytteen lopputulos toteennäytetyksi tulemisen kynnyksen. Miten näyttökynnys tulee kohdistaa: tuleeko se kohdistaa yksittäiseen tosiseikkaan vai näytön lopputulokseen kokonaisuutena.

Cohen käsittelee ensin kanteen tai syytteen itsenäisiä, rinnasteisia komponentteja eli osatekijöitä,⁶⁹⁴ pohjoismaisen terminologian mukaisia oikeustositseikkoja.

694 Cohen 1977, s. 68.

Cohen nostaa esiin kaksi esimerkkiä matemaattisten metodien konjunktio-ongelmista. Ensimmäinen on, että kanteen jokaisen faktaväitteen todennäköisyyden tulisi komplementaarisen negaatiosäännön mukaisesti olla yli 0.5, jotta se ylittäisi vastaajan kyseisen todennäköisyyden.⁶⁹⁵ Kanteen voittamisen välttämätön ja riittävä ehto on kaikkien sen osatekijöiden näyttäminen toteen tällä bop-standardilla eli yli 0.5:n todennäköisyydellä.⁶⁹⁶ Myöskään kokonaisuus eli väitteiden konjunktio ei saisi vajota 0.5:n alle. Tuomioistuimen pitäisi pitää tarkasti silmällä eri väitteiden erillisiä todennäköisyyksiä siltä varalta, että ne eivät olisi riittävän korkeita antamaan konjunktiolle yli 0.5 todennäköisyyden, kun tämä lasketaan perus-multiplikaatioperiaatteen mukaan.⁶⁹⁷

Cohenin esittämä toinen ongelma on, että konjunktio rajoittaa itsenäisten komponenttiseikkojen lukumäärää yksittäisessä jutussa. Toisin sanoen komponentteja voi olla vain vähän tai niiden todistusarvojen täytyy olla suuria, jotta kanne tai syyte ylipäättään voisi menestyä. Jos jutussa yksittäiseen väitteeseen on yhdistyneenä useita osaväitteitä ja jokaisen kohdan todistamiseen tarvitaan erillinen todistaja tai ryhmä todistajia, niin mitä suurempi määrä todistajia tai näiden ryhmiä on, sitä luotettavampi pitää jokaisen todistajan tai todistajaryhmän olla. Jos yksikään todistaja ei puhuisi totta yli 0.9:n todennäköisyydellä, kantaja ei voisi milloinkaan voittaa juttua, johon liittyy enemmän kuin 6 osatekijää: 0.9 potenssiin 6 on vähemmän kuin 0.5 – ja kynnys olisi balance of probabilities.⁶⁹⁸

695 Cohen, 1977, käyttää matemaattista ilmaisua .5 ja vastaavia. Olen muuttanut nämä meillä tavallisemmiksi nolla-alkuisiksi merkinnöiksi. Vastaavasti hän lähtee siitä, että näyttökynnys on 'balance of probabilities', bop. - Cohen esittää s. 59 esimerkin jutusta, jossa on kaksi komponenttia (so. oikeustositseikkaa, oikeastaan -seikastoa), nimittäin auto-onnettomuuden olosuhteet ja vakuutusehtojen sisältö. Esimerkki havainnollistaa common law'n terminologialla sitä, että jos toinen seikasto ylittää bop-kynnyksen, olkoon se sitten 0.501, 0.51, 0.6 tai vielä korkeampi, toisen seikaston näytöltä täytyy edellyttää brd-kynnyksen ylittämistä. Muuten ei kertolaskun tulona päästä ylittämään arvoa 0.501. "Mutta tällainen matemaattisen todennäköisyyden noudattamisesta seuraava pakko vaikuttaa säännöltä, joka on vieras tuomareille eikä ole fact trierien kunnioittama", Cohen lausuu.

696 Cohen 1977, s. 64.

697 Cohen 1977, s. 57 – 58.

698 Cohen 1977, s. 59 – 60. Hän huomauttaa, että jos bop-standardin katsotaan edellyttävän huomattavasti korkeampaa matemaattista todennäköisyyttä kuin 0.5, osatekijöitä voi olla vähemmän: jos kynnys olisi 0.7:n kohdalla, kanteeseen voisi sisältyä vain kolme tuollaista erillistä tosiseikkaa.

5.10.4 Neljä yritystä ”pelastaa” matemaattiset teoriat konjunktio-ongelmalta: miten lopputulos kokonaisuutena ylittäisi kynnyksen

Cohen esittelee neljä tapaa, joilla konjunktioperiaatteen aiheuttamia vaikeuksia voidaan yrittää voittaa. Lähtökohta on se, että konjunktin kohteena olevat seikat ovat toisistaan riippumattomia.

Cohenin ensimmäinen tapa yrittää väistää ongelmat on väittää, että seikat ovat harvoin toisistaan riippumattomia, joten konjunktioperiaate ei sovellu. Cohen todistaa kuitenkin väitteen kelpaamattomaksi ja päätyy esimerkin avulla paradoksiin, jossa riippuvaisten seikkojen korkeat todennäköisyydet (0.8, 0.8 ja 0.75) johtavat alle 0.5:n kokonaistodennäköisyyteen.⁶⁹⁹

Toinen tapa ”yrittää pelastaa matemaattinen teoria” on lähteä siitä, että bop-kynnystä ei tule tulkita punninnaksi tietyn väitteen S ja sen negaation ei-S todennäköisyyksien välillä, koska tämä tulkinta johtaa siihen, että mitään seikkaa ei voi näyttää toteen bop-kynnyksellä, jos sen oma todennäköisyys on vähemmän tai yhtä kuin 0.5. Bop täytyy sen sijaan tulkita punninnaksi kantajan väittämän S:n ja vastaajan väittämän R:n välillä. S ja R ovat keskenään yhteensopimattomia, mutta eivät ammenna tyhjiin mahdollisuuksien piiriä. Kun tuomioistuimella olevien faktojen Q perusteella S:llä näytettäisiin olevan todennäköisyys 0.2 ja R:llä todennäköisyys 0.1, S voitaisiin näyttää toteen bop-standardilla, kantaja voisi näyttää toteen kaikki osatekijät miten suuresta osatekijöiden joukosta tahansa, ja konjunktioperiaate silti sallisi hänen näyttää tässä mielessä toteen osaväitteidensä yhdistelmän samalla standardilla.⁷⁰⁰ Cohen toteaa, ettei keino kuitenkaan sovellu tavalliseen kahden asianosaisen juttuun, koska se edellyttää, että vastaaja esittää aina oman tosiseikkaväitteensä. Tämä merkitsisi uuden todistustaakkakategorian luomista ja kuuluisi inkvisitoriseen, ei adversiaaliseen, prosessiin.⁷⁰¹

Kolmantena keinona Cohen pohtii bop-fraasille uutta tulkintaa kysymällä, voisiko bop-standardi perustua a priori- ja a posteriori -todennäköisyyksien eroon. Sen sijaan, että kynnys tarkoittaisi, että toivotun johtopäätöksen todennäköisyyden tulisi olla suurempi kuin sen negaation, tai että voittavan asianosaisen väitteiden todennäköisyyden tulisi olla suurempi kuin joidenkin vastakkaisten väitteiden todennäköisyys, se voisikin tarkoittaa, että tosiseikkojen tulisi olla myönteisesti relevantteja toivotun johtopäätöksen kannalta. Toisin sanoen toivotun johtopäätöksen

699 Cohen 1977, s. 61.

700 Cohen 1977, s. 62 – 63. Cohen todistaa viimeisen väitteen lausekkeella ”jos $s_1 > r_1$, $s_2 > r_2$, $s_n > r_n$, niin $(s_1 \times s_2 \times \dots \times s_n) > (r_1 \times r_2 \times \dots \times r_n)$ ”, kun jokainen s_i ja r_i ovat reaalitykijät.

701 Cohen 1977, s. 63 – 64.

todennäköisyyden esitettyjen faktojen perusteella tulisi olla suurempi kuin tuon johtopäätöksen a priori-todennäköisyyden (eikä samansuuruinen tai vähäisempi kuin se).⁷⁰² Näin vältettäisiin edellä toisen tavan yhteydessä mainittu todistustaakkaan liittyvä ongelma ja kuitenkin päästäisiin siihen, että oli itsenäisiä osatekijöitä S_1, S_2, \dots, S_n miten paljon tahansa, yhdistelmän S_1 & S_2 & ... & S_n todennäköisyys tuomioistuimelle esitettyjen tosiseikkojen perusteella on aina suurempi kuin tämän yhdistelmän a priori -todennäköisyys, jos jokaisen osatekijän a posteriori -todennäköisyys on suurempi kuin sen a priori -todennäköisyys.⁷⁰³

Vaikka tulkinta voisi toimia niin toisistaan riippuvaisten kuin ei-riippuvaisten tulosten hyväksi, Cohen ei pidä sitä kestäväenä. Se, että kantaja näyttää kaikki kanteensa osatekijät toteen bop-standardilla, on voittamiselle niin välttämätön kuin myös riittävä ehto. Tietyissä olosuhteissa edellä oleva tulkinta sallisi kantajan näyttää kanteensa kokonaisuudessaan toteen bop-standardilla, vaikka hän epäonnistuisi näyttämään toteen yhden tai useampia osatekijöistä yksittäin.⁷⁰⁴ Tuomioistuimet eivät antaisi normaalisti kantajan voittoa, ellei hän ole näyttänyt toteen kaikkia osatekijöitään bop. Esitetty tulkinta voi helposti saada kantajan kanteen näyttämään oikeammalta kuin tuomioistuimet tulevat sallimaan.⁷⁰⁵ Cohen huomauttaa lisäksi esitetyssä tulkinnassa oletettavan, että jokin positiivinen a priori -todennäköisyys on riidattomasti liitettävissä mihin tahansa väitteeseen, joka tuomioistuimelle esitetään. Miksi asian pitäisi olla niin, hän kysyy. Jos todennäköisyyden tasolla on vaikutusta oikeuden käymisen kohteeseen, oikeudenmukaisuus edellyttää, että molemmilla asianosaisilla tulisi olla mahdollisuus esittää sen määrittämiselle relevanttia näyttöä. Koko ajatus a priori ja a posteriori -todennäköisyyksien erottelusta näyttää haaskahtavan prosessuaaliselta epäoikeudenmukaisuudelta – edellisiä ei voi tuomioistuimessa väittää, todistella ja jälkimmäisiä voi, Cohen päättää.⁷⁰⁶

Cohen esittää vielä neljännen tavan yrittää välttää matemaattisen todennäköisyyden yhdistämisperiaatteen multiplikatiivisen luonteen aiheuttamia vaikeuksia. Hän kysyy, kaipaako kantajan väite evaluointia kokonaisuutena. Ellei bop-sääntöä voida uudelleentulkita sitä uhkaavien vaikeuksien välttämiseksi, voidaan yrittää päästä

702 Cohen 1977, s. 64. Hän kuvaa ehdotettua tulkintaa kaavalla $Pm[S, Q] > Pm[S]$.

703 Cohen 1977, s. 64.

704 Cohen 1977, s. 64 – 65. Cohen esittää esimerkkinä tilanteen, että kantajan on näytettävä toteen neljä itsenäistä kohtaa S_1, S_2, S_3 ja S_4 , kaikkien a priori todennäköisyys on 0.5 ja kullakin kohdalla S_1, S_2 ja S_3 on faktojen perusteella 0.9 todennäköisyys, kun taas kohdalla S_4 se on 0.4 faktojen perusteella. Näissä olosuhteissa $Pm[S_1 \& S_2 \& S_3 \& S_4, Q] < Pm[S_4]$.

705 Cohen 1977, s. 64 – 65. Cohen huomauttaa s. 65 alaviitteessä 1, että sama ongelma esiintyisi edellä mainitun toisen tavan kohdalla. Jos vastaajan positiivisten väitteiden sarjan tulee vastata kantajan väitteiden sarjaan, kantajan kanteen kokonaisratkaisulla saattaa olla suurempi todennäköisyys kuin vastaajan, vaikka ainakin yhdellä kantajan osaväitteellä olisi alhaisempi todennäköisyys kuin vastaajan vastaavalla vastaväitteellä.

706 Cohen 1977, s. 65. Cohen s. 107 – 120 suhtautuu a priori -todennäköisyyksien huomioon ottamiseen yleensäkin vieroksuvasti.

samaan päämäärään rajoittamalla säännön soveltamisalaa. Voidaan väittää, että nämä vaikeudet syntyvät vain, jos oletetaan, että riita-asiassa juttu *kokonaisuutena* täytyy voittaa matemaattisen todennäköisyyden punninnassa. Voidaan väittää, että kaikki vaikeudet juontavat juurensa yrityksestä yhdistää yhdeksi ainoaksi kokonaiskuvioksi ne vaihtelevat erilaiset todennäköisyydet, jotka liittyvät riitakysymyksiin. Kun jutussa on riitaisena enemmän kuin yksi faktakysymys, näyttäisi, että vältytään vaikeuksilta, jos sovelletaan bop-sääntöä vain jokaiseen osatekijään eikä juttuun kokonaisuutena. Voitaisiin sanoa, että kantaja voittaa, jos ja vain jos hän näyttää toteen jokaisen osatekijän matemaattisella bop:lla. Niinpä ei olisi mielekästä yhdistää erillisiä todennäköisyyksiä, ja silloin matemaattisen todennäköisyyden yhdistämisperiaatteen multiplikaatio-ominaisuus ei aiheuttaisi käytännön rajoituksia osatekijöiden lukumäärälle tai sen todennäköisyyden tasoille, joilla ne voidaan ratkaista.⁷⁰⁷

Cohen torjuu kuitenkin ajatuksen, ettei kanteen tai syytteen itsenäisten osatekijöiden todennäköisyyksiä kerrota vielä keskenään, seuraavasti:⁷⁰⁸

”Matemaatikolle vaikeuden välttäminen väittämällä, että monimutkaisen riitajutun lopputulosta ei pitäisi arvioida kokonaisuutena, on kuitenkin pikemminkin samaa kuin silmien sulkeminen ja teeskentely, että sitä mitä ei näe, ei ole olemassa. Sillä jos kuitenkin sellaista lopputulosta arvioitaisiin kokonaisuutena matemaattisen todennäköisyyden periaatteiden mukaisesti, syntyvä tulos olisi monissa jutuissa vastakkainen sille, mitä tuomioistuimet itse julistaisivat. Vaikka kantajan kolmen itsenäisen osatekijän todennäköisyydet olisivat esimerkiksi 0.8, 0.8 ja 0.75, matemaattinen arviointi johtaisi kokonaisuutena vastaajan voittoon, ei kantajan. Minkälaisista oikeudenmukaisuutta olisi tämän tosiseikan huomiotta jättäminen, jos matemaattisesta todennäköisyydestä todella olisi kysymys?”

Sama näkökohta tulee esiin erityisen jyrkästi rikosjutuissa. Oletettavasti matemaattinen tulkinta näytöstä beyond reasonable doubt on näyttöä todennäköisyydestä, joka ei ole muuta kuin hyvin lyhyen välimatkan päässä varmuudesta. Mutta vaikka jokainen rikoksen osatekijä on näytetty toteen tällä tasolla – esimerkiksi jos on näytetty, että syytetyn sormi painoi liipaisinta, että uhri kuoli ampumisen seurauksena ja että syytetty tarkoitti sellaista lopputulosta – osatekijöiden konjunktion ei silti tarvitse olla näytetty tällöin asianmukaisella tasolla. Minkälaisista oikeudenmukaisuutta olisi teloitaa ihminen tai lähettää hänet pitkään vankeuteen, jos rikoksen ei kokonaisuutena olisi näytetty olleen hänen vastuullaan?”

⁷⁰⁷ Cohen 1977, s. 65 – 66.

⁷⁰⁸ Cohen 1977, s. 66 – 67.

Esimerkit siis käsittääkseni osoittavat, että todennäköisyyksien kertominen kokonaisuuden todennäköisyyden selville saamiseksi on (matemaatikon mielestä) tarpeen. Toisin sanoen sinänsä vahvoilta näyttävät 0.8, 0.8 ja 0.75 sisältävät kokonaisuutena liian monta mahdollisuutta, että kanne on väärä. Samoin rikosjutussa: jos kolmen osatekijän todennäköisyydet olisivat 0.9 kukin, kokonaisuuden todennäköisyys olisi vain 0.729. – Tässäkin esimerkissä taustalla on siis Cohenin päämäärä osoittaa matemaattinen menettelytapa yleisesti käymättömäksi.

5.10.5 Pohjoismaisesta oikeuskirjallisuudesta

Eckhoff 1943 erottelee erilaisia asetelmia: tilanteen, jossa on kaksi vaihtoehtoista edellytystä, x ja y , sekä tilanteen, jossa on kaksi erillistä, kumulatiivista edellytystä. Jälkimmäistä voisi luonnehtia lausekkeella ensin x , sitten y . Eckhoff toteaa, että jos useita vaihtoehtoisia seikkoja käsitellään yhdessä, todennäköisyys tulee aina suuremmaksi kuin kummankin todennäköisyys erikseen tarkasteltuna.⁷⁰⁹ **Eckhoff 1988** toteaa, ettei ilman muuta voida lähteä siitä, että jokainen oikeustositseikka muodostaisi oman todistustaakkateeman: usein kaksi tai useampi oikeustositseikka voivat olla kumulatiivisia tai alternatiivisia edellytyksiä oikeusseuraamukselle, ja herää kysymys, tuleeko ne yhdistää yhdeksi todistustaakkateemaksi. Vastaus ei riipu siitä, kumpaa metodia käytetään. Todennäköisyysasteiden yhteispunninnan, joka on suoritettava kun halutaan yhdistää useita oikeustositseikkoja yhdeksi todistustaakkateemaksi, tulee tapahtua molemmissa tilanteissa samojen sääntöjen mukaan (summaussääntö vaihtoehtoisille ja yhteenlaskusääntö kumulatiivisille - riippuvuuden asteesta johtuvien modifikaatioiden). Se, että tässä suhteessa metodien kesken ei ole eroja, johtuu siitä, että ei ole kysymys samaan teemaan kohdistuvien todisteiden yhteispunninnasta, vaan oikeusseuraamuksen edellytysten punninnasta.⁷¹⁰

Bolding 1989 taas tuo esimerkkinä auton alle jääneen jalankulkijan, joka väittää autoilijan ajaneen aivan liian lujaa ja väärällä puolella tietä. Vetoaako jalankulkija kahteen eri oikeustositseikkaan? Boldingin mielestä ei, ”så kan man knappast se saken”. Pääkysymys (övergripande) on, ajoiko autoilija huolimattomasti. Huolimattomuus on *kompleksinen oikeustositseikka* eli niin yleisin sananmuodoin kuvattu oikeustositseikka, että siihen voidaan sisällyttää useita eri *momentteja* (lujaa ajaminen, väärällä puolella ajaminen, huono jarrutus, äänimerkin laiminlyönti ja niin edelleen). Boldingin mukaan jokaiseen momenttiin itseensä täytyy oikeudenkäynnissä vedota, ja jokainen momentti voi olla alustava (preliminääri) todistusteema. Lopullinen

⁷⁰⁹ Eckhoff 1943, s. 93 – 94. Hän kuvaa seikkojen x ja y vaihtoehtoisuuden ja kumulatiivisuuden asteita myös graafisilla kuvioilla s. 94 – 96.

⁷¹⁰ Eckhoff 1988, s. 337.

todistusteema on kuitenkin kompleksinen oikeustosisiikka – huolimattomuus – joka lopuksi täytyy alistaa yhdessä arvioitavaksi.⁷¹¹

Leppänen 1998 pohtii kysymystä seuraavasti:⁷¹²

”Oman kysymyksensä myös näytön riittävyyden kannalta muodostaa rekvisiitta, joka täsmentyy useisiin kumulatiivisiin tai vaihtoehtoihin, konkreettisiin tosiseikkoihin. Voidaan kysyä, mikä on tällöin ”*todistustaakkateema*” eli koskeeko näyttövaatimus (ja todistustaakka) kutakin yksittäistä tosiseikkaa vaiko tällaisten seikkojen muodostamaa, rekvisiitan tarkoittamaa kokonaisuutta. Kysymyksellä lienee merkitystä myös todistusarvometodin mukaisessa tarkastelutavassa: voitaisiin nimittäin kysyä, mikä on todennäköisyys sille, että ”x tai y”, vastaavasti ”x ja y” on aiheuttanut todisteen. Oletetaan vaikkapa, että takaisinsaantijutussa on kysymys siitä, onko oikeustoimi ollut ”sopimaton” (TakSL 5 §), ja että tämän rekvisiitan täyttävät sekä seikka x että y yksin taikka että rekvisiitan täyttävät seikat x ja y ainoastaan yhdessä; voidaan kysyä, onko kantajan näytettävä riittävästi toteen ”sopimattomuus” eli ko. seikkojen kombinaatio vaiko kukin yksittäinen seikka.

Ainakin pääsääntöisesti kutakin yksittäistä, konkreettista tosiseikkaa lienee pidettävä omana todistustaakkateemanaan. Ensinnäkin olisi ongelmallista puhua normatiivisen kompleksin, kuten ”huolimattomuuden” todennäköisyydestä. Toiseksi kokonaisuuden todennäköisyyden arviointi johtaisi kumulatiivisten seikkojen osalta liian mataliin ja vaihtoehtoisten osalta liian korkeisiin todennäköisyyksiin. Kumulatiivinen rekvisiitta merkitsee tämän kannan mukaan, että kaikki relevantit seikat on tehtävä erikseen riittävän todennäköisiksi, ja vaihtoehtoinen, että yksi seikka on tehtävä riittävän todennäköiseksi, jotta säännöksen soveltamisen edellytykset voitaisiin katsoa näytetyiksi toteen.”

Myös **Kolflaath 2008** on osoittanut,⁷¹³ että teeman laajuus voi vaikuttaa sitä koskevan todistelutuloksen todennäköisyyteen. Jos useita itsenäisiä tapahtumia sidotaan yhdeksi teemaksi, tämän kokonaisteeman matemaattinen todennäköisyys on alempi kuin kunkin yksittäisen osatekijän. Jos taas komponentit eivät ole toisistaan riippumattomia, niiden kokoaminen yhdeksi teemaksi antaa korkeamman matemaattisen todennäköisyyden kuin niiden erillisten todennäköisyyksien tulo, mutta se on edelleen alempi kuin erillisten todennäköisyyksien alin todennäköisyys. Kolflaath esittää

711 Bolding 1989, s. 21 – 22. Kursivoinnit Boldingin. Hän siis nimittää huolimattomuutta oikeustosisiikaksi. Huolimattomuus ultima probandumina ei tässä nähdäkseni eroa rakenteeltaan mitenkään esimerkiksi virheen käsitteestä: siihenkin voidaan sisällyttää monenlaista virheellistä menettelyä (ennätys lienee yli 60). Merkilläpantavaa on, että Bolding edellyttää vetoamista myös ”momentteihin”.

712 Leppänen 1998, s. 145 – 146. Kursivoinnit Leppäsen.

713 Kolflaath 2008, s. 149 – 165 pohtii aihetta todennäköisysteorian ja riidanalaisten seikkojen yhdistämisen (”kumulering av tvil”) valossa sekä myös norjalaisittain overvekt-teorian kannalta.

(ainakin eräissä tilanteissa mahdollisen) ajattelutavan, jonka mukaan övervikt-periaatetta käytettäessä sovelletaan niin sanottuja relatiivisia näytön vahvemuukuksia. Tätä selostan laajemmin övervikt-periaatteen yhteydessä.

Lindell 1987 toteaa: "...kumulationseffekten medför att osäkerheten ökar ju fler moment som ingår i bedömningen, om inte varje moment är fullkomligt säkert."⁷¹⁴ ... "När det ... gäller den samlade sannolikheten för existensen av samtliga rekvisit, bör denna kumuleras. När lagen ställer upp rekvisit som kumulativa, måste rimligtvis meningen vara, att sannolikheten skall avse existensen av samtliga rekvisit".⁷¹⁵ Kolflaath katsoo Lindellin tarkoittavan, että tarkoitetaan koko tunnusmerkistöä. Kolflaath viittaa siihen, että "den *samlade* sannsynligheten" on käsillä vasta, kun riitakysymykset on kumuloitu.⁷¹⁶

Lindell ei kuitenkaan pysähdy tähän. Hän lisää edelliseen seuraavaa: "Å andra sidan medför detta att det kan räcka med att ett faktum gjorts 'antagligt', såvida ett annat gjorts 'uppenbart'. Av det nu anförda kan vi dra den slutsatsen att påståendet att rättsfaktum normalt skall styrkas inte kan avse de konkreta rättsfakta som aktiverar ett rekvisit."⁷¹⁷

Heuman 2009 on sitä mieltä, että Ruotsin oikeudessa riittää, että asianosainen vahvistaa jokaisen oikeustosisaikan, josta hänellä on todistustaakka: "Svensk rätt bygger på att man inte skall beakta den samlade osäkerheten." Oikeustosisaikojen todennäköisyyksiä ei siis "ajeta" kertolaskun läpi; tällöin lopputulos olisi merkittävästikin huonompi todennäköisyys kuin yksittäisillä oikeustosisaikoilla kullakin erikseen. Tosin Heuman huomauttaa, että tämä voi olla argumentti sen tueksi, että näyttövelvollisuuden ei katsota täyttyneen useasta oikeustosisaikasta koostuvan todistusteeman kohdalla. Näytöllistä ja oikeudellista epävarmuutta ei myöskään lasketa yhteen.⁷¹⁸

Strandberg⁷¹⁹ toteaa moraalisten seikkojen kyllä tukevan yksittäisten oikeustosisaikojen kokoamista yhden kynnyksen alle, toisin sanoen että

⁷¹⁴ Lindell 1987, s. 204.

⁷¹⁵ Lindell 1987, s. 206.

⁷¹⁶ Kolflaath 2008, s.149.

⁷¹⁷ Lindell 1987, s. 204. Ks. myös s. 207: "Det är nu min uppfattning att varje faktum som en regel preciseras mot [?] inte måste styrkas, utan att termen strykt är en beteckning för den samlade sannolikheten för samtliga kumulativa fakta eller rekvisit."

⁷¹⁸ Ks. Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 81. Hän kyllä huomauttaa alaviitteessä 12, että tätä näkemystä ("Svensk rätt...") voi olla vaikea tietoteoreettisesti perustella, mutta voi olla tarpeellista pitää siitä kiinni sen vuoksi, että muutoin olisi liian vaikeaa päästä langettaviin tuomioihin. Hän viittaa lisäksi Kolflaathiin 2008, s. 149 alkaen.

⁷¹⁹ Strandberg 2012, s. 452 – 454.

todennäköisyysvaatimus on koottu, yhteinen (samlet) vaatimus kaikille oikeustositseikoille. Vain tämä voi ilmaista sen riskin, joka todistusoikeudessa voi olla hyväksyttävää sille, että tietty tuomion seuraamus on aineellisesti väärä. Hän esittää kuitenkin eräitä kriittisiä näkökohtia, joista merkillepantavin lienee seuraava. Argumentti, että koko juttua koskevan todennäköisyyden tulee olla käsillä kanteen hyväksymiseksi, saattaa edellyttää, että tätä lopputulosta vaativalla on todistustaakka kaikista sitä koskevista relevanteista oikeustositseikoista. Kuitenkin siviiliprosessissa, toisin kuin rikosprosessissa, voi olla, että todistustaakka jaetaan asianosaisten kesken, niin että toisella on todistustaakka joistakin oikeustositseikoista, vastapuolella toisista.⁷²⁰ Kun vain yhdellä asianosaisella kerrallaan voi olla taakka todistusteemasta, teema on jaettava uudelleen joka kerran, kun taakka siirretään. Lisäksi todistustaakan kohdistuminen eri tavoin eri oikeustositseikkojen kohdalla voi johtaa siihen, että ei saavuteta enää todennäköisyyden vahvemmuutta yhden asianosaisen tosiseikkaväitteille kokonaisuutena.

Strandbergin argumenttia voi nähdäkseni testata esimerkillä sopimukseen perustuvasta vahingonkorvausvastuusta. Korvauskannetta ajavalla on todistustaakka vahingon syntymisestä, syy-yhteydestä ja taloudellisesta menetyksestä. Hänellä ei ole todistustaakkaa vahingonkorvausvaatimuksen neljännestä oikeustositseikasta, vastaajan huolimattomasta menettelystä, vaan sen vastakohtan osalta taakka on vastaajalla: tämän on näytettävä, että oli menetellyt huolellisesti. Kysymys ei ole presumptiosta, vaan alun perin käännetystä todistustaakasta. Taakat siis on jaettu näin neljän oikeustositseikan kohdalla. Tietääkseni jako ei ole aiheuttanut käytännössä ongelmia. Todistustaakka huolellisuudestakin voi kyllä siirtyillä prosessin aikana todistelutilanteen mukaan, mutta en näe tässä sen kummempia ongelmia kuin siirtyvässä todistustaakassa muutenkaan. Jos vastaaja onnistuu näyttämään menetelleensä huolellisesti, yksi kanteen oikeustositseikka jää näyttämättä, ja kanne hylätään, mikä on aivan oikein. Vastapuolen näytettävän tosiseikan todennäköisyyttä ei voitane ”noin vain” laskea yhteen tai vähentää kanteen kokonaistuloksessa. Ehkä tässä kohden on myös syytä jättää matemaattisen ajattelun kahleet hetkeksi syrjään ja miettiä asiaa arkisemmin.

Jerkø 2017 on tuonut esiin, että tulkinta, jonka mukaan riittää, että jokainen tunnusmerkistökijä (oikeustositseikka) ylittää näyttökynnyksen, edellyttää, että tunnusmerkistökijät ovat todennäköisyysteoreettisesti toisistaan riippumattomia. Jos ne eivät ole ja riippumattomien propositioiden kertolaskusääntöä käytetään toisistaan riippuvaisiin tunnusmerkistökijöihin, voi *vaikuttaa* kohtuuttoman

⁷²⁰ Strandberg 2012, s. 453 toteaa riitajuttujen todistustaakan jakamista tarkoittavia sääntöjä olevan kaikissa maissa, mutta katsoo niiden olevan ”selvimmin muotoiltuja” Saksan todistusoikeudessa. Hän viittaa perinteisiin todistustaakan jakoperusteisiin: oikeutta perustaviin, oikeutta tai oikeuden syntymistä estäviin ja oikeutta lakkauttaviin tosiseikkoihin (suomalaiset nimitykset Halilan 1955, s. 37 mukaan).

vaikealta saavuttaa näyttökynnystä.⁷²¹ **Dahlman 2018** katsoo, että Lindellin tulinta ”ligger närmast till hands”.⁷²² Dahlman viittaa Peter Fitgerin⁷²³ ja Heumanin (Ekelöf – Edelstam – Heuman) kantoihin ja toteaa, ettei mitään perusteluja esitetä eikä viitata mihinkään oikeustapaukseen. Dahlmanin mukaan Heumanin pelko tuntuu liioittelulta, sillä harvoin tilanne on se, että tunnusmerkistötekijät ovat toisistaan riippumattomia, kuten Heumanin argumentointi edellyttäisi. Dahlman viittaa edellä mainittuun Jerkøn toteamukseen. Dahlman katsoo, että sikäli kuin on rikostyyppessä, joissa tosiasiallinen virheiden osuus pienenee voimakkaasti, jos näyttökynnystä sovelletaan konjunktioon (ja siten kvootti poikkeaa hyväksyttävästä virheosuuden tasosta), ongelma on ratkaistava alentamalla näyttökynnystä, niin että tosiasiallinen virheiden osuus tulee hyväksyttävälle virheosuuden tasolle. **Simon Andersson 2016** on Heumanin linjalla ja esittää käytännön esimerkin seurauksesta, joka kumuloinnilla voisi olla. Miestä syytetään törkeästä naisrauhan rikkomisesta (kvinnofridskränkning), koska tämä oli syytteen mukaan kolmessa tilanteessa pahoinpidellyt vaimoaan. Oikeus katsoo kaikki kolme pahoinpitelyä näytetyiksi toteen (styrkt). Jos epäilykset kumuloitaisiin (eli oikeustositseikkojen arvot kerrotaisiin keskenään), lopputulos voisi olla, että oikeus katsoisi syytteen jääneen näyttämättä. Jokaiseen pahoinpitelyyn liittyy epävarmuutta, ja kun nämä epävarmuudet kumuloitaisiin, ei voitaisi pitää toteennäytettynä, että kaikki kolme pahoinpitelyä olisivat tapahtuneet. Jos taas syyte nostettaisiin jokaisesta erikseen, syytetty tuomittaisiin niistä.⁷²⁴

5.10.6 Omaa pohdintaa

Eckhoffin toteamus vaihtoehtoisista rinnakkaisista perusteista tarkoittaa sitä, että jos syyttäjällä tai kantajalla on käytössään useampia perusteita x ja y halumaansa lopputulokseen pääsemiseksi, hänen kannattaa vedota sekä x:ään että y:hyn. Sama koskee Leppäsen sitä esimerkkiä, jossa x ja y ovat vaihtoehtoisia. Jompikumpi riittää. Vaihtoehtoisuustilanne ei mielestäni ole erityisen ongelmallinen. Viitaan mutatis mutandis Lindellin edellä mainittuun esimerkkiin, jossa henkilöä syytettiin liikenteen vaarantamisesta kolmen eri liikennesäännön rikkomisen perusteella. Tuottamus pysyisi, vaikka näytettäisiin rikotun vain

721 Jerkø 2017, s. 430. Kursivointi Jerkøn. – Ainakin Norjassa näytetään puhuvan ”kaiken epävarmuuden kumuloinnista” (”all usikkerhet knyttet till rettsvillkåret”), esimerkiksi Jerkø s. 429. Tästä on samalla kysymys, vaikka laskennan kohteena ovatkin todennäköisyydet.

722 Dahlman 2018, s. 170 – 173. Tosin hän s. 172 selittää Lindelliä hiukan tulkinnanvaraisesti: ”Om lagstiftaren säger att ”den som gör A och B dömes för...” så är det rimligt att anta att lagstiftaren har menat att det måste styrkas att den tilltalade har gjort både A och B för att denne skall kunna dömas för det aktuella brottet”. (Kursivointi Dahlmanin.) –Ehkä tässä on kuitenkin vain epäselvä sanonta.

723 Fitger, Kommentar till rättegångsbalken 2009, 35 kp. 1 §, 35:26 b, supplement 63: Beviskravet gäller för varje rekvisit. Det behöver inte vara uppfyllt för konjunktionen av rekvisiten. ”Självklart ska beviskravets styrka hänföra sig till varje rättsfaktum för sig.” Tässä Dahlmanin 2018 s. 171 kautta.

724 Andersson 2016, s. 262 – 263.

tyhtä sääntöä. Toisaalta, mitä useampaa sääntöä olisi rikottu, sitä suurempi voisi tuottamus olla.⁷²⁵

Jos taas asetelma on ”ensin x , sitten y ”, x ei ole ultima probandaan kuuluva, vaan todistustosisiikka, joka on portaikossa alempana. Ainakin nykykäsityksen mukaan kummankin todennäköisyys arvioidaan erikseen. Seikat x ja y ovat siis ketjussa, ja jos sovelletaan matemaattista todistusharkintamallia, niiden todennäköisyydet kerrotaan keskenään.⁷²⁶ Lopputulos on alempi kuin kummankin oma todennäköisyys erikseen.⁷²⁷

Eckhoff käsittelee kysymystä lähinnä siltä kannalta, miten todistusteema kannattaa muotoilla, jotta voitaisi juttunsa. Jos käytettävissä on vaihtoehtoisia perusteita, kannattaa luonnollisesti vedota niihin kaikkiin. Mutta jos syytteen tai kanteen perusteet ovat porrasteisessa suhteessa toisiinsa (ensin x , sitten y), ei käsittääkseni voida ainakaan nykyään ”pelata” tosiseikkojen mielivaltaisella yhdistelemisellä ultima probandan todennäköisyyden saamiseksi mahdollisimman edulliseksi eli korkeaksi. Tämä tarkoittaisi tosiseikkojen laittamista jonkinlaiseen ”pakettiin”, jonka todennäköisyyttä sitten pohdittaisiin yhden ainoan kerran.

Eckhoff käsittelee siis todistusteeman laajuuden merkitystä. Teksti on ymmärtääkseni luettava ottaen huomioon ajankohtansa, jolloin esimerkiksi oikeus- ja todistustosisiikan käsitteet eivät ehkä olleet vielä kiteytyneet. Todistusteema ja todistustaakkateema ovat eri asioita. Käsittääkseni kummallakaan ei voi ”pelata” tulokseen vaikuttavalla tavalla, mutta on eri asia, että käytännössä on joskus paikallaan käyttää hyvinkin yhdisteltyjä todistusteemoja, joilla ei ole välttämättä tekemistä tosiseikkojen loogisen järjestymisen kanssa. Tyypiesimerkki voi olla rikosjutun todistajan teema ”tapahtumainkulku”. Jos todistaja on oleskellut syytetyin ja uhrin seurassa koko väkivallanteon selvittämisen relevantin ajan, voi olla tarpeetonta ryhtyä paloittelemaan tapahtumainkulkua – ei ainakaan jos halutaan soveltaa kertomusmallia, jota käsitellään jäljempänä.

Leppänen puhuu tässä ”seikoista”. On hiukan epäselvää, sisällyttääkö hän niiden joukkoon myös todistustosisiikkoja. Hän puhunee kuitenkin vain oikeustosisiikoista, joskin myös kokoonpannuista (arvoarvostelma eli sopimattomuus on jo mukana), joten tämä kohdistunee lähinnä teemoittamiseen. Lisäksi Leppänen puhuu vain ”konkreettisista” seikoista – esimerkissä ”sopimattomuus” sisältää jo arvoarvostelman, ja sitä voi pitää myös ultima probandumina, kompleksisena oikeustosisiikastona. Asia lienee sama kuin törkeysarvostelussa (”kahta vertaa sopimaton, kaksin verroin sopimaton”). Bolding oli esimerkissään nimennyt

725 Lindell 1987, s. 203 – 204. Sama koskee Boldingin 1989, s. 21 – 22, esimerkkiä.

726 Ks. Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 202 – 203.

727 Edellyttäen, että kummankaan todennäköisyys ei ole tasan 1. Muun muassa tästä näkyy, että $x:n$ eli todistustosisiikan todennäköisyydellä on merkitystä. Vaikka $y:n$ arvo oli 0,8, $x:n$ arvoinen on oltava vähintään noin 0,65, jotta lopputulos oli yli 0,5:n standardin. Arvo 0,6, joka itse ylittäisi tuon standardin, ei enää riitä.

”huolimattomuuden” lopulliseksi todistusteemaksi eli selvästi ultima probandumiksi, eli siis tämä ”komplisoitu” seikka on oikeustosisiikka. – Samoin kai sitten olisi ”sopimattomuus” (mutta sopimattomuus, siis suosimisen sopimattomuus, on vain yksi takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain 5 §:n soveltamisen edellytyksistä) tai toisessa yhteydessä jopa ”virhe”, vaikka se ei vielä kerro paljon.

Kysymys on siis siitä, miten laveaksi todistusteema muotoillaan. Käsittääkseni tunnusmerkistöt niin riita- kuin rikosjutuissa ovat (lähes) aina edellä mainitussa merkityksessä kumulatiivisia. Kysymys on siitä, rakennetaanko todistusteema yksittäisestä tunnusmerkistötekijästä vai näiden kokonaisuudesta, joka useimmiten on lain tunnusmerkistöä yhdellä sanalla kuvaava termi ja johon liittyy jo arvostuksenvarainen momentti, kuten juuri ”huolimattomuus” tai ”virhe”. Leppäsen esittämällä menettelytavalla on hyvät perusteet. Ei ole järkevää yhdistellä toisistaan riippumattomia seikkoja yhdeksi ”oikeudelliseksi” käsitteeksi ja tällä vähentää keinotekoisesti kantajan tai syyttäjän mahdollisuutta saada kanteensa tai syytteensä hyväksytyksi, jos kaikki ainesosat on saatu näytetyksi vaadittavalla standardilla. – Toisaalta Dahlman lienee oikeassa siinä, että rikosten tunnusmerkistötekijät ovat harvoin riippumattomia toisistaan. Tällöin ei yhdisteleminen yläteemaksi, jolta näyttökynnyksen ylittymistä viimeiseksi vaadittaisiin, nostaisi ”virhekvoottia” juurikaan. Tosin Dahlmanin suosittelema lääke ongelmatapauksiin vaikuttaa enemmän tarkoituksenmukaiselta kuin oikeudelliselta argumentilta. Tilanne voi olla toinen silloin, kun oikeustosisiikat ovat toisistaan riippuvaisia. Tässä suhteessa Eckhoff esittelee sekä vaihtoehtoisista että kumulatiivisista seikoista edellä mainitut neljä kuvaavaa tilannetta.

Esitin lähtökohdaksi, että rikosprosessin näyttökynnys ”ei varteenotettavaa epäilystä” koskee sekä jokaista tunnusmerkistötekijää että tunnusmerkistöä kokonaisuutena, toisin sanoen yhdenkin tunnusmerkistötekijän todennäköisyyden jääminen tämän ”riman” alle kaataa kokonaan rikoksen syyksilukemisen. Mutta miten tähän on sovitettavissa Lindellin näkemys, että kumulatiiviset oikeustosisiikat voivat hänen kuvaamallaan tavalla ”lainata” todennäköisyyttä toisiltaan (”ilmeinen” voi antaa virtaa ”oletettavalle”), kunhan kertolaskun tulos ylittää näyttökynnyksen?

Jos ja kun kysymys on nimenomaisesti kumulatiivisista seikoista, näkemys ei mielestäni ole yhteen sovitettavissa. Edellytys tälle negatiiviselle päätelmälle on, että kynnys ”ei varteenotettavaa epäilystä” on yhtä korkealla yksittäisen seikan kohdalla kuin koko oikeustosisiikaston kohdalla. Käsittääkseni näin asian matemaattisesti ajateltuna tulisikin *periaatteessa* olla, koska muuten jouduttaisiin outoihin ”täydennysitoimituksiin”.⁷²⁸

⁷²⁸ Jos tälle tielle lähdetäisiin, ei ole pakko pysähtyä yhden vajavaisen oikeustosisiikan vahvuuden täydentämiseen, vaan useampi voisi täydentyä yhdestä tai useammasta muusta ”tosivahvasta” seikasta.

Lindellin kannanottoon liittyi vielä seurannaisväite: näkemys, että oikeustositseikka tulee normaalisti vahvistaa ("styrkas", jolla ymmärrän normaalikynnystä eli brd-kynnystä), ei voi tarkoittaa "tunnusmerkistön aktivoivia oikeustositseikkoja". Jos ymmärrän hänet oikein, tarkoitus on sanoa, että yksittäisen oikeustositseikan ei ole niin tärkeätä tulla itse täysin toteennäytetyksi – tärkeämpää on, että todennäköisyyden "lainaaminen" vahvemmilta seikoilta johtaa siihen, että oikeustositseikaston kokonaisuus ylittää kynnyksen. Tämä väite on häneltä johdonmukainen sikäli, että muutoin näyttäisi paljon vaikeammalta saada hyväksytyksi syyte rikoksesta, jonka tunnusmerkistö käsittää useampia oikeustositseikkoja. Tämä on kuitenkin se sama ongelma, jonka Cohen liittää matemaattisiin todistusharkintateorioihin. Siis summa summarum: *viimeisessä* väitteessään Lindell on teoriassa johdonmukainen – mutta vain omista lähtökohdistaan käsin, joita lähtökohtia en siis itse ole hyväksymässä.

5.10.7 Entä jos todistustositseikka olisikin oikeustositseikka tai päinvastoin?

Seuraava ongelmanasettelu kattaa oikeastaan useita kysymysalueita: miten tositseikan lokerointi oikeus- tai todistustositseikaksi⁷²⁹ tulisi tehdä; edellytetäänkö ketjun todistustositseikoilta näyttökynnyksen ylittämistä; jos edellytetään, onko kynnys todennäköisyyskynnys; jos se on (vain) todennäköisyyskynnys, välittykö epävarmuus ketjussa tai tulisiko sen välittyä eteenpäin; riippuen vastauksista, onko järkevää (ja kenelle) nimetä seikkaa todistus- vai oikeustositseikaksi? Omia näkökohtiaa ovat esittäneet Lindell ja Lindblom, ja jonkinlainen synteesi on Björlingillä.⁷³⁰

Vaikuttaako siis teemoittamiseen ja näyttökynnyksen ylittämisen vaatimukseen se, pidetäänkö tositseikkaa todistus- vai oikeustositseikkana? Eräs tavallaan oikeuspoliittinen näkökohta on, että oikeustositseikkana pitäminen merkitsee, että seikka on väittämistaakan alainen – ja kun se on sellainen, asianosaisten kädessä on, mistä oikeutta käydään. Lindell osoittaa esimerkein, että velvollisuus vedota tositseikkaan eli väittämistaakan liittäminen siihen (seikka oikeustositseikkana) on vastakkainen käyttäytymistä ohjaavan lainkäytön intressin kanssa. Jos prejudikaattituomioistuin asettaa ankaran väittämistaakan, seurauksena voi olettaa olevan oikeuskehityksen pysähtyminen ja oikeuden kangistuminen ja kuoleminen, Lindell polarisoi.⁷³¹

729 Eräänä lähtökohtana on dogmi, että todistustaakkaa, näyttövaatimusta ja todisteluhelpotusta koskevia sääntöjä ei ole ajateltu sovellettaviksi (Lindell) tai ei sovelleta (Lindblom) todistustositseikkoihin, aputositseikkoihin eikä abstraktisiin oikeustositseikkoihin, vaan ainoastaan konkreettisiin oikeustositseikkoihin (Lindell 1987, s.202, ja 2012, s.107; Lindblom 2003, s. 184 (2006 s. 178).

730 Björling 2017, s. 172 alaviite 589.

731 Lindell 1987, s. 415. Tämä tarkoittaa ymmärtääkseni e contrario, että seikan todistustositseikkana pitämisellä ei ole tällaista seuraamusta.

Kuten edellisessä jaksossa kävi ilmi, Lindellin yleinen kanta on, että oikeustoiseikkojen todennäköisyydet (ja sitä kautta niihin liittyvät epävarmuudet) on vielä lopullisessa oikeustosisaikastossa kerrottava keskenään. Ultimassa kokonaisuuden vahvuus ratkaisee: konkreettisten oikeustosisaikkojen *kokonaisuuden*, joka saadaan kertomalla todennäköisyydet, on ylitettävä näyttökynnys – mutta sen sijaan ei välttämättä yksittäisten oikeustosisaikkojen.⁷³²

Asian havainnollistamiseksi rakennan esimerkin: työturvallisuusjutussa käy ilmi, että X, jonka tehtäviin kuului valvoa, että tiettyssä koneessa on suojalaite x, oli havainnut suojalaitteen olevan irti mutta ei ollut kiinnittänyt sitä. Seikka, että hän ei ollut kiinnittänyt sitä, voi olla teoriassa sekä todistus- että oikeustosisaikka. Edellisenä se on yksi osa oikeustosisaikkaa ”X syyllistyi huolimattomuuteen”, mutta oikeustosisaikkana se voidaan panna suoraan tuomion pohjaksi.

Lindblom⁷³³ taas esittää seuraavaa. X on konkreettinen oikeustosisaikka. Kun sen näyttökynnys on esimerkiksi todennäköinen ja kynnys on saavutettu, kaikki (aiempi) epävarmuus jätetään huomiotta. Tämä edesauttaa todistustaakkoitettua asianosaista, koska hänen ei tarvitse esittää täyttä varmuutta, ja epäsuosii vastaavasti sitä, joka on esittänyt tietynvahvuisen näytön, joka ei riittänyt X:lle konkreettisena oikeustosisaikkana näyttökynnnykseen asti.

Jos X:ää käsitellään todistustosisaikkana (Lindblomin talovertauksessa ”sijoitetaan kellariin”), tuo seikka päättyy loppuarviointiin saakka todellisine näyttöarvoineen, oli tämä arvo sitten miten korkea tai vähäinen tahansa. Epävarmuus on siis jäänyt henkiin ja voi vaikuttaa lopputulokseen. Tämä suosii sitä, joka vain melkein olisi yltänyt siihen näyttövaatimukseen, joka olisi ollut voimassa, jos X olisi ollut konkreettinen oikeustosisaikka, ja on haitaksi sille, joka ”nätt och jämnt” olisi yltänyt niin pitkälle.

X:n laittamisella kellariin harkinnan pohja levenee: useammat seikat ovat hengissä loppuvaiheeseen saakka ja vaikuttavat ratkaisuun. Övervikt-periaatetta soveltamalla (tai näyttökynnystä tiettyjen seikkojen kohdalla laskemalla) voidaan saavuttaa lähes yhtä suuri pohjan laajeneminen. Laajeneminen voi olla oikeuden ja asianosaisten näkökulmasta etu tai haitta. Jos on hyvin paljon seikkoja, niiden punninta yhdessä voi olla mahdotonta ja intuitio saa vallan. Jos sen sijaan kaikki X:t ovat oikeustosisaikkoja, kynnys karsii pois osan ja lopun arviointi voi olla hallitumpaa.

⁷³² Lindell 1987, s. 207. Hän viittaa tässä yhteydessä tavallaan legaalisen todistusteorian perintöön: sen mukaan oikeustosisaikan (-seikaston?) teema oli jakamaton, kun taas vapaan todistusteorian aikana seikkoja voidaan jakaa alateemoihin.

⁷³³ Lindblom 2003, s. 184 – 186; 2006, s. 178 – 179.

Lopputulos on Lindblomin mukaan⁷³⁴, että todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt vahvistavat väittämistaakkavaatimuksesta johtuvia seurauksia. Jos X katsotaan konkreettiseksi oikeustositseikaksi, Lindblom katsoo Lindellin tavoin, että syntyy vaara arviointipohjan ja siten oikeuden kehityksen köyhdyttämisestä, kun tälle vertailtavana on vaihtoehto X: n pitämisestä abstraktisena oikeustositseikkana tai todistustositseikkana. Toisaalta oikeuden ja asianosaisten mahdollisuudet hallita oikeudenkäyntiaineistoa paranevat.

Mielestäni Lindblomin esimerkki on oikea omasta lähtökohdastaan eli dogmista lähtien. Jos kuitenkin dogmi unohdetaan⁷³⁵ ja hyväksytään, että todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt koskevat myös todistustositseikkoja (samoin kuin muutakin todisteltavaa, kuten aputositseikkoja, kokemus- ja oikeussääntöjä), saadaan kuvio selvemmäksi. Jos nimittäin ketju on pidempi kuin yhden todistustositseikan ja oikeustositseikan välinen, todennäköisyyksien ”rationaalinen” hallinta käy melko nopeasti vaikeaksi tai mahdottomaksi – ei siihen tarvita ”väldigt många omständigheter”, kuten Lindblom sanoo. Tosin intuitio ei astu valtaan, kuten Lindblom väittää, vaan mahdollisimman huolellinen holistinen harkinta.

Jos todistustositseikan näyttökynnykseksi määritellään esimerkiksi 0.5, tiedetään jo paljon paremmin, millä edellytyksillä ollaan arvioimassa. Tällöin osa todistustositseikoistakin on pudonnut pois, ehkä koko ketjuineen, kun niiden kynnyks on jäänyt ylittämättä, ja loppuvaiheessa käsillä on kuin onkin hallittavampi aineisto.⁷³⁶ – Lindblom käyttää ilmaisua ”(todistustositseikka päättyy loppuarviointiin saakka) todellisine näyttöarvoineen, *”oli tämä arvo sitten miten korkea tai vähäinen tahansa”*. Lisäisin siis tämän ilmaisun loppuun ”arvojen 0.5 – 1.0 välillä”.

Miten tätä sitten käsitellään, kun kyse on kompleksisista oikeus- tai todistustositseikoista? **Lindell**⁷³⁷ katsoo tässäkin, että kompleksisetkin oikeustositseikat voidaan punnita yhdessä. Hän ei pidä osakysymyksiä lopullisina todistusteemoina samalla tavalla kuin Lindblom, vaan sen sijaan kompleksisten oikeustositseikkojen osina, joita ei tarvitse muotoilla lopullisiksi todistusteemoiksi.

Sen sijaan **Lindblom**⁷³⁸ näyttäisi olevan eri mieltä. Hän katsoo, että kompleksisen oikeustositseikan kohdalla jokaista osatekijää käsitellään lopullisena todistusteemana

734 Lindblom 2003, s. 186; 2006, s. 179.

735 Toisin sanoen, jos käsitellään todistelussa tosiseikkoja oikeaksi todistamista kaipaavina tosiseikkoina, eikä esimerkiksi haeta tukea väittämistaakka-, preklusio-, oikeusvoima- tai muista vastaavista opeista.

736 Cohen osoittaa matematiikan vaativan, että ketjussa 0.5 ei riitä ”kellarissa” mihinkään, vaan kynnyksen tulisi olla ainakin brd-tasoa.

737 Lindell 1987, s. 207 ja 213.

738 Lindblom 2003, s. 187 – 189; 2006, s. 181 – 183.

(konkreettinen oikeustosisieikka), toisin sanoen sen tulee joko olla täyttynyt tulakseen subsumoiduksi abstraktisiin osamomentteihin tai kokonaan pudota pois. Tämä on voimassa, jos osatekijät ovat vaihtoehtoisia. Jos ne ovat kumulatiivisia, täytyy kaikkien osatekijöiden selviytyä omasta näyttövaatimuksestaan tullakseen sitten subsumoiduksi, mutta vain jos *kaikki* osatekijät selviytyivät, muutoin koko kompleksinen oikeustosisieikka kaatuu. Sillä, pidetäänkö samaa seikkakompleksia kompleksisena oikeustosisieikkana vai kompleksisena todistustosisieikkana, on huomattava merkitys, edellyttäen että todistustaakka- ja näyttökynnyssääntöjä sovelletaan osiin eikä kokonaisuuteen lopullisten todistusteemojen dekonstruktiossa. Se, jolla on todistustaakka konkreettisista oikeustosisieikoista tai sellaisen osatekijästä, saa karistaa pois mahdollisesti jäljellä olevan epävarmuuden, kun näyttökynnyksrima ylitetään, mutta vastineeksi hän ei saa mukaansa sitä todennäköisyyttä, joka syntyi kun näyttökynnyksen korkeutta ei saavutettu. Yhdistämisessä ei tällöin mikään todennäköisyyslaskelma tule ylipäättään konkreettisten oikeustosisieikkojen dekonstruktiossa ajankohtaiseksi: kaikki epävarmuushan on jo karsittu pois ennen loppuarviointia. – Jos seikkoja käsitellään todistustosisieikkoina, jokainen osatekijä tulee säilymään hengissä lopulliseen subsumptioon asti, koska oikeustosisieikka ei ole kompleksinen vaan sitä vain tukee joukko todistustosisieikkoja, joiden todennäköisyys tulee säilymään hengissä lopulliseen arviointiin saakka.

Mitään ”lopullista totuutta” ei näistä, hiukan teoreettisluontoisista kysymyksistä liene annettavissa. Ehkä ne eivät käytännössä kovin usein tulekaan esille: tosiseikan vapaa vaihteleva oikeus- ja todistustosisieikan statuksen välillä, ehkä spekulatiotarkoituksessa, ei liene mahdollista samanlaiseen oikeusseuraamukseen tähtäävissä kanteissa. Normin ja oikeusseuraamuksen kombinaatio lopulta määrää, mitkä seikat ovat oikeustosisieikkoja. Erityisesti todisteketjun kohdalla tuntuu mahdottomalta ajatella, että seikan statusta voitaisiin ”noin vain” vaihdella, ainakaan ketjun varhaisempien todistustosisieikkojen osalta. Sen sijaan ketjun loppupäässä tällainen voisi ehkä olla mahdollista. Ehkä Lindblom edustaa modernimpaa ajattelua; Lindellin kohdalla hämmentää ainakin itseäni vaatimus kaikkien oikeustosisieikkojen epävarmuuksien yhteisestä kumuloinnista, jossa legaalinen ”själfva målet” -ajattelu näyttäisi sittenkin häämöttävän taustalla. Kumulointivaatimus johtaa helposti siihen, ettei näyttökynnys ylitä eikä järjestelmä toimi, ja tähän Lindell esittää parannuskeinoja,⁷³⁹ jotka vaikuttavat keinotekoisilta.

739 Esim. Lindell 1987, s. 209: samaa abstraktista oikeustosisieikkaa koskevan todistustaakan jakaminen asiaosaisten kesken ja kumulaatioefektin puolittaminen silloin ”i vissa fall”, jolloin se ei ”lyö niin kovasti”.

5.11 Ehkä sittenkin: tuomari ei laske – mutta perustelee?

Edellisessä jaksossa mainittu kysymyksenasettelu jäänee koko lailla kaukaiseksi käytännön todistusharkintatilanteessa. Koko lähtökohta on teoreettinen ja sen soveltaminen hiukankin monopolisempaan juttuun – jossa sellaista ehkä tarvittaisiin – voi osoittautua mahdottomaksi.

On käsittääkseni realistista lähteä siitä, Klamin toteamasta päätelmästä, että tuomari ei laske.⁷⁴⁰ Matemaattisia näyttöarvoja ei anneta. Suurin syy voi olla se, että harkintaa suorittava ymmärtää, että yhteinen mittakeppi yksinkertaisesti puuttuu, eivätkä matemaattiset mallit juurikaan yritä antaa ohjeita todistusharkinnan ensimmäiseen vaiheeseen, vastaanotetun todisteen todistusvoiman määrittämiseen lukuarvona.

Lukuarvojen sijasta parempi lähtökohta on kiinnittää huomio harkinnan ja arviointien perustelemiseen. Miten kerrotaan asianosaiselle ja kenelle tahansa lukijalle, miksi tietty seikka katsottiin näytetyksi, miksi toisen seikan näytetyksi tuleminen kilpistyi kerrottaviin esteisiin ja miten erilaiset teemat ja seikat suhtautuivat toisiinsa. Lukuarvojen sijasta perustelemisen miettiminen jo todisteluvaiheessa voi saada myös ratkaisijan paremmin kontrolloimaan harkintaprosessia.

Kosteusvauriojuttua voi käyttää esimerkkinä. Lähtökohta on tilanne, jossa kantaja ja vastaaja ovat molemmat yksityishenkilöitä; kantaja on vanhan omakotitalon ostaja ja vastaaja on myyjä, joka on tehnyt taloon ”omaa remonttia”. Oletetaan, että rakentamis- tai ainakin remonttivaiheessa välttämätön vesieristys oli jätetty pois. Tarkoitus on todistella kosteusvaurion syntymistä tällä poisjättämisellä. Eristyksen poisjättäminen on todistustosiasia (oikeastaan väite sellaisesta), jolla pyritään näyttämään toteen ylemmän asteen todistustosiasia eli se, että talossa oli kosteusvaurio. Todistustaakka vesieristeen asentamisesta/asentamatta jättämisestä on ensimmäinen kysymys. Kantaja oli oireiden ilmaannuttua itse purkanut lattiaa, mutta maallikkona ei ollut ymmärtänyt väliaineiden merkitystä, vaan oli heittänyt kaikki puretut materiaalit saman tien roskalavalle. Lähtökohtainen todistustaakka voi tällaisessa tilanteessa kuulua kantajalle, joka väittää virhettä vastapuolen suorituksessa. Kantaja vetoaakin todisteluna siihen, että vesi oli lattialta nopeasti hävinnyt, joten sen oli täytynyt päästä vapaasti rakenteisiin. Vastaaja osoittaa kuitenkin esimerkiksi neuvojana käyttämänsä rakennusmestaria todistajana kuulustuttamalla, että asianmukainen vesieristys oli ollut asennettuna.

Eristeen asentaminen on todistustositseikka, joka on joko tosi tai ei-tosi. Kun tämä pilari kaatui, koko rakennelma kaatui. Väliasteita ei ole. Voidaan tietysti

740 Klami 1995, s. 1080 – 1081.

sanoa, että vesieristeen laiminlyönnistä jäi 0.3:n todennäköisyys, tai ehkä jopa niin, että tämä 0.3:n todennäköisyys tukisi kannetta 0.3:n näyttöarvolla. Edellinen ilmaisu tarkoittaa kuitenkin, että on prosessuaalisesti totta, että laiminlyöntiväite ei pidä paikkaansa. Jälkimmäinen ilmaisu taas on yksinkertaistuksena harhaanjohtava. Eristeen asentamisen näytöltä olisi joka tapauksessa loogista edellyttää sellaista todennäköisyyttä, että asentaminen olisi todennäköisempää kuin se, että eristystä ei olisi asennettu – eli siis näytön riittävyyden pitäisi ylittää tässä ehkä soveliaan övervikt-periaatteen mukainen todennäköisyys.

Mutta jos koko verkkoon sovellettaisiin matemaattista mallia, pelkkä övervikt ei yksinkertaisesti riittäisi, kun kysymys on varhaisemman asteen todistustositseikasta.

Esimerkki on yleispiirteinen eikä ota huomioon niitä vivahteita, joista sitä vastaan voidaan huomauttaa. Voidaanhan sanoa, että eriste oli kyllä asennettu, mutta ei hyvän rakennustavan mukaisesti, se oli väärää laatua, tai muuta vastaavaa. Tuomioistuimen eteen levitettävä todellisuus on monimuotoista. Lähtökohdana tulisi kuitenkin olla, että jo väitteessä eli kannetta rakennettaessa otetaan huomioon tällaiset lisäqualifikaatiot. On myös oikeuskäytännössä tavallista, että kantaja ei jätä kosteusvaurion olemassaoloa koskevaa väitettään yhden ”pilarin” eli todistustositseikan varaan, jos muuta näyttöä on ollut saatavissa. Kaiken lisäksi esimerkkitalanteessa saattaa tulla riitaa myös syy-yhteyttä koskevasta kokemussäännöstä: onkohan varmaa, että eristeen puuttuminen ilman muuta aiheuttaisi kosteusvaurion.

6. TODISTUSHARKINNAN YLEISIÄ NÄKÖKOHTIA

6.1 Todistusharkinnan määrittelyä: mitä uskoa ja mitä päättää

Todistusharkinnan työmääritelmänä käytin alussa Backmanin lyhyttä, totuuden etsintään viittaavaa määritystä. Monella muullakin tavalla käsitteen sisältöä on kuvailtu.

Tirkkonen ei siviiliprosessin perusoppikirjassaan esitä varsinaista todistusharkinnan ('todisteiden harkinnan') määritelmää, vaan yksilöi sen vapaan todistusteorian osana, vapaana todistusharkintana: tämä sisältää sen, ettei tuomioistuimien esitetyn näytön vakuuttavuutta arvostellessaan ole legaalisten sääntöjen sitoma. "Tämä merkitsee – positiivisesti lausuttuna – sitä, että tuomioistuin on sekä oikeutettu että velvollinen vapaasti harkitsemaan sen todistusvoiman, mikä esitetyllä näytöllä on katsottava olevan."⁷⁴¹ Lappalaisen mukaan todistusharkinnassa "tuomioistuin muodostaa käsityksensä siitä, millä todennäköisyydellä teemaväite on tosi tai epätosi. Keskeistä on todisteelle annettava näyttöarvo, todistusvoima. Lausuman näyttöarvoa punnitessaan tuomioistuin käyttää hyväkseen ("soveltaa") todistussuhdetta koskevia yleisiä kokemussääntöjä ottaen samalla huomioon kokemussäännön sisältöön ja soveltuvuuteen vaikuttavat konkreettiset olosuhteet l. ns. aputosiasiat."⁷⁴² Klamin – Rahikaisen – Sorvet-tulan määritelmän mukaan todistusharkintaa voidaan nimittää jutun ratkaisun kannalta merkityksellisten tosiasioiden toteamiseen tähtääväksi argumentaatioprosessiksi.⁷⁴³ Rinnakkaisina termeinä todistusharkinnalle käytetään muun ohella termejä todistusten arviointi ja näytön arviointi.⁷⁴⁴

741 Tirkkonen 1977, s. 94, sekä 1972, s. 117 – 119 ja 121. Hän varoittaa, ettei "oikeudenkäyntiaineistosta saatu pelkkä yleiskäsitys saa olla ratkaisevana, vaan tuomarin on yksityiskohtaisesti selvítettävä itselleen, mihin seikkoihin hänen vakaumuksensa perustuu." – Ks. myös Lappalainen 2001, s. 294 – 296.

742 Lappalainen 1999, s. 187. Kursivoinnit Lappalaisen.

743 Klami – Rahikainen – Sorvet-tula 1987, s. 16. Merkityksellisten seikkojen "toteaminen" on kuitenkin moniselitteinen ilmaus. Sillä voitaisiin tarkoittaa myös niiden seikkojen kartoitusta, jotka ovat ratkaisulle relevantteja. Toisin sanoen seikan "toteaminen" olisi tämän merkityksen mukaan eri asia kuin se seikan arvioiminen, onko tuota seikkaa pidettävä totena tai näytettynä.

744 Sonck 1903, s. 48 kääntää ruotsin sanan bevispröfning todistusten harkinnaksi eli tutkimiseksi. – Bevisvärdering taas on Diesenin 1994, s. 7 mukaan todisteiden vahvuuden arvioimista, kun taas bevisprövning tarkoittaa koko sitä käsittelyprosessia, jonka aikana näyttö on arvioinnin kohteena. – Dahlmanin 2018, s. 66 mukaan beviskraft oli vanhemmassa kirjallisuudessa yleisesti käytetty saksalaisperäinen termi. Ekelöfin tuotua esiin todistusarveteoriaansa alettiin käyttää yhä enemmän termiä bevisvärde (näin Stening otsikoi väitöskirjansa), jolloin beviskraft hävisi kokonaan. Dahlman itse palaa todistusvoimaan, beviskraft, joka on se voima, joka tietyllä todistusosaseikalla on todistusteeman todennäköisyyden kasvattamiseksi: se on sama asia kuin bayesianinen likelihood ratio. Bevisvärden hän määrittelee (todistusarveteorian mukaisesti) todennäköisyydeksi sille, että todistusteema on aiheuttanut todistusosaseikan. Dahlman on bayesiaani ja tarvitsee käsitteiden erottelua tällä tavoin. Itse käytän jäljempänä termejä synonyymeina.

Todistusharkinta voidaan jakaa toiminnallisesti kahteen vaiheeseen tai komponenttiin: ”mitä uskoa” ja ”mitä päättää”.⁷⁴⁵ Molemmat vaiheet – yksittäisen todisteen todistusvoiman eli näyttöarvon arviointi ja sen vertaaminen asetettuun näyttökynnykseen eli näytön riittävyyden arviointi – kuuluvat todistusharkintaan.⁷⁴⁶ Todistusharkinnan materiaali, todistusaineiston sisältämä informaatio, tulee tuomioistuimelle kahdessa päämuodossa, asiakirjatodisteluna ja henkilötodisteluna. Informaation pohjalta tuomioistuin harkitsee edellä sanotun mukaisesti kahta asiaa: todistetun kohteena olevan seikan (todistusteeman) olemassaolon todennäköisyyttä esitetyn näytön perusteella (ensimmäinen vaihe, ”mitä uskoa”) ja sitä, onko esitetty näyttö ollut riittävää, ylittääkö se toisin sanoen näyttökynnyksen (toinen vaihe, ”mitä päättää”). Todistustaakan lähtökohtainen jakautumisen tulisi olla tiedossa jo prosessia aloitettaessa, mutta prosessissa esiin tulevista todistelutilanteissa se voi vaihdella.

Todistusoikeuden eräs konstantti keskustelunaihe näyttää olevan, luokitellaanko näyttökynnyksen sijoittaminen todistustaakan vai -harkinnan piiriin.⁷⁴⁷ Todistusharkinnan piiriin voidaan lukea melkoinen määrä muutakin toimintaa, jota ei ole mielekästä karsinoida kumpaankaan näistä, esimerkiksi harkinnat ja arvioinnit, jotka koskevat näytön horjumattomuutta eli robustiutta ja kokemuslauseiden pitävyyttä. Robustiuden kohdalla debattia käydään siitä, mikä on ”oikea” kanava sen vaikutuksen noteeraamiseen.

6.2 Kaksi analyysiä: Kolflaath ja Ho

Kolflaath tarkastelee todistusharkintaa kolmelta eri näkökannalta: johtopäätösten kannalta, kertomusten perspektiivistä ja selitysten perspektiivistä. Ensiksi mainitusta näkökulmasta todistusharkintaa tarkastellaan johtopäätösten tekemisenä todisteista oikeudellisesti relevantteihin tosiseikkoihin. Kertomusperspektiivin lähtökohtana sen sijaan on, että todistusharkinnassa on kysymys

745 Iskusanat Ho:lta 2008, s. 36. Vrt. Hertzberg 1962, s. 113: ”Bevisprövning i sträng bemärkelse är närmast en undersökning av tillförlitligheten och avvägning av förebragt bevisning, vilket sker med stöd av erfarenhetssatser. Men som bevisprövning kan måhända även betraktas en prövning av betydelsen av föreliggande fakta, som t.o.m. kunna vara ostridiga, för målets avgörande, vilket sker med tillhjälp av erfarenhetssatser, rättsliga överväganden och rättssatser. Någon närmare kategorisering av bevisbedömningen är knappast möjlig eller ens av nöden: varje domslut måste behandlas för sig. Vissa allmänna riktlinjer för återgivandet av bevisbedömningen kunna dock måhända utstakas.”

746 Näin todistusharkinta ilmenee valtaosassa oikeuskirjallisuutta ja -käytäntöä: esimerkiksi Virolainen 1995, s. 44 toteaa asian expressis verbis. Todistusharkinnan käsitettä ei siis, kuten jo johdannosta kävi ilmi, rajata koskemaan pelkästään todisteen näyttöarvon arviointia, kuten määrittely näyttäisi ymmärretyn eduskunnan lakivaliokunnan OK 17 luvun uudistamista koskevassa mietinnössä, LaVM 19/2014 (siteerattu edellä johdannossa).

747 Ks. Lappalainen 1999, s. 187 alaviite 14. – Varsinaisen näyttökynnyksen sijoittamisen lisäksi joihinkin tuomioistuimen harkinnan osa-alueisiin, kuten näytön robustiuden arviointiin, kuuluu sekä sollen- että seintyyppistä arviointia: millaista kattavuutta on aihetta *vaatia* / millainen kattavuus on *saavutettu*.

kertomuksien arvioimisesta ja osittain konstruoimisesta. Kolmas perspektiivi on edelliset yhdistävä näkökulma. Tämän selitysperspektiivin ytimenä on, että todistusharkinnassa kysymys on selitysten etsimisestä niin vahvistettuihin kuin hypoteettisiin seikkoihin.⁷⁴⁸

Common law'n mukaisen, mutta samalla universaalin lähestymistavan tarjoaa Ho. Hän erottelee todistusharkinnassa neljä aspektia. Harkinnan voidaan katsoa tarkoittavan 1. kognitiivista prosessia, jossa tosiseikastokysymysten ratkaisija (fact-finder) 2. arvioi näytön ja riitaisissa faktaväitteissä esitetyt argumentit 3. yrittäen ratkaista, mitä uskoa, ja 4. pitäen silmällä sen ratkaisemista, tehdäkö ratkaisu tuon väitteen hyväksi vai sitä vastaan. Ho:n määrittelyn mukaan todistusharkinta viittaa siihen kognitiiviseen prosessiin, jossa fact-finder ratkaisee tosiasiakysymyksen ja antaa ratkaisunsa koskien syyllisyys- tai vastuukysymystä (verdict). Kognitiivisena prosessina harkinta on jatkuva tapahtuma; fact-finderin ei tule tehdä päätöstään ennen kuin kaikki näyttö on otettu vastaan. On kuitenkin väistämätöntä, että hän harkitsee näyttöä samalla, kun oikeudenkäynti etenee, muodostaen väliaikaisia näkemyksiä tosiseikoista ja tarkistaen niitä pitkin matkaa.⁷⁴⁹ Ho:n toteamus siitä, että vaikka lopullinen harkinta tapahtuu juryn huoneessa tai tuomarin kamarissa, tosiseikkakysymysten ratkaisija ei aloita todistelun pohtimista vasta vetäytyessään pohtimaan ratkaisuaan, pitää sekin mutatis mutandis paikkansa myös mannermaisessa prosessissa.

Ho:n mukaan näytön arviointi koostuu monimutkaisesta verkosta asioita, joita on joskus nimitetty ”henkiseksi toimiksi” (mental acts). Niitä suoritetaan samalla kun arvioidaan todistajien uskottavuutta, mitataan näytön todistusarvoa, tehdään valintoja ristiriitaisten kuvausten välillä, tehdään johtopäätöksiä siitä, minkä uskotaan olevan totta, arvioidaan kertomusten narratiivista johdonmukaisuutta, arvioidaan kummankin puolen faktaversion yleistä konsistenssia ynnä muuta. Tätä toimien kokonaisuutta, joka muodostaa harkinnan henkisen toiminnon, ohjaavat ratkaisijan pysyvät asenteet. – Vaikka harkinta on hyvin monimutkainen psykologinen prosessi, lain säännöt tyypillisesti erottavat sääntelytarkoituksessa nimenomaisia evidentiaalisia päättelylinjoja. Nämä säännöt lähtevät atomistisesta päättelystä (vastakohtana holistiselle päättelylle). Atomistinen lähestymistapa on järkevä, mutta narratiivilla on välttämätön rooli oikeuden harkinnassa. Juuri keskittymällä todisteisiin, erittelemällä ajatusprosesseja ja redusoimalla ne huolellisesti perusaskeliksi voidaan

748 Kolflaath 2013, s. 22 – 23. Vrt. Kolflaath 2008, s. 149 – 165 kohta 2.2, jossa hän määrittää, että todistusharkinnassa on kysymys todisteen ja (konkreettisen) tosiseikan välisestä suhteesta; ”resten er juss”. Hän korostaa, että todistusharkinnassa ei ole kysymys todisteen suhteesta (oikeudelliseen, lain) tunnusmerkistötekijään (villkår); todisteen ja tunnusmerkistötekijän välissä on se *tosiseikka*, joka todisteen tulee näyttää toteen. Jos oikeudellinen puoli (”juss”) on ongelmaton, tosiseikka *omasta puolestaan* implikoi joko koko kumulatiivisen tunnusmerkistön täyttyneen tai että ainakin yksi näistä tunnusmerkeistä on jäänyt täyttymättä. (Kursivoinnit tässä Kolflaathin.)

749 Ho 2008 s. 33 – 34.

paljastaa tavaksi tulleet ja ennakoasenteelliset olettamukset, jotka muuten jäisivät huomaamatta.⁷⁵⁰

Ensimmäisessä vaiheessa ratkaisija siis arvioi, mitä uskoa riitaisista faktaväitteistä hänelle esitetyn näytön valossa. ”Arviointi on tietoinen ja vapaaehtoinen prosessi, jonka tarkoituksena on hyväksyä väite vain jos se on tosi.”⁷⁵¹ Voitaisiin ajatella, että riitaisen tosiseikkakysymyksen arvion pitäisi tavallisesti määrätä myös tuon riidan ratkaisu (finding). Tämä näkemys luo suoran yhteyden näiden kahden tason kysymysten välille; yleisesti ottaen fact-finderin täytyy ehdottomasti päättää, että se ja vain se, mitä hän uskoo, on totta. Mutta tämä on epätasällisesti sanottu. Päätökset eivät aina perustu jutun faktoja koskevaan henkilökohtaiseen tai subjektiiviseen uskomukseen. Yleisesti ottaen ne täytyy perustaa siitä erillään olevaan arviointitapaan, Ho katsoo.⁷⁵²

6.3 Intuitiosta todistusharkinnassa ja sen suhteesta perustelemiseen

6.3.1 Intuitiosta yleensä

Mitä on intuitio? Ekelöfin määritelmän mukaan ”den intuitiva bedömningen sker genom en momentan överblick över hela bevismaterialet utan att man härvid kan exakt ange hur han kommit fram till sin slutsats.”⁷⁵³

Tulkitsen Ekelöfiä niin, ettei hän tarkoita sanoa, että ratkaisu todella tehdään *hetkellisen* todistusaineistoon kohdistuvan yleissilmäyksen perusteella.⁷⁵⁴ Määritelmä muistuttaa paljolti Daniel Kahnemanin⁷⁵⁵ nopean ajattelun kuvausta.

⁷⁵⁰ Ho 2008, s. 35 – 36.

⁷⁵¹ Ho 2008, s. 36. Hän pohtii hyväksymisen ja uskomuksen eroa. ”’Hyväksyminen’ erotetaan usein ’uskomuksesta’ sen mukaan, että hyväksyminen on vapaaehtoinen ja uskomus ei ole. Viimeksi mainittu on sisäinen tila, josta ihminen itsensä löytää, piti siitä tai ei. Kuitenkin arviointi on eräänlainen hyväksyminen, joka normaalisti tuottaa vastaavan uskomuksen. Uskomuksemme tulevat usein arvioinneistamme, mitä uskoa. Henkilö, joka arvioi väitteen todeksi, päätyy uskomaan, ellei ole irrationaalinen, että se on totta. Kaikki hyväksymiset eivät muodosta arviointia. Henkilö saattaa hyväksyä, arvioimatta, että väite on tosi, päättäen toimia tai olemalla taipuvainen toimimaan tuon proposition mukaan ilman että uskoo sen olevan totta. Oikeudenkäynnin harkinta on mahdollisen perustan etsimistä hyväksymiselle arvioimisen spesifisessä muodossa (se on, totuuden sääntelemässä merkityksessä).”

⁷⁵² Ho 2008, s. 36.

⁷⁵³ Ekelöf 1977, s. 21 alaviite 43 ja s. 21 – 22. Ekelöf sanoo käyttävänsä tässä ”intuitiivista” diskursiivisen vastakohtana. Hän tarkastelee tilannetta, josta ei ole aikaisempaa kokemusta ja jossa aputositseikkoja tarkastellaan ensin kunkin kokemussääntöä (ja toisiaan) vasten. Tämän jälkeen tehdään intuitiivinen kokonaisarviointi. – Vrt. Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 163: ”Rättens avgörande får alltså inte grundas på ett intuitivt helhetsintryck av materialet.” (Kursivointi Edelstamin).

⁷⁵⁴ Varoitus (pelkästä) yleiskatsauksellisuudesta juontanee juurensa ainakin RB:n esitöihin, joista se on Gärden ym. kautta tullut Ekelöfin ja Tirkkosenkin esityksiin.

⁷⁵⁵ Nopeasta ja hitaasta ajattelusta Kahneman 2012, s. 474 – 478.

Saattaa jäädä huomaamatta, että tätä seuraa hidas ajattelu, jossa ratkaisu syntyy. Intuiitivista ajattelua kyllä tarvitaan, sekä atomistisella että holistisella tasolla, mutta se testautuu koko ajan näyttömateriaalin taustaa vasten.

Käsitellessään intuitiota Allan Ahnger⁷⁵⁶ viittaa sanakirjamääritelmään, jonka mukaan intuitio on ”totuuden, arvon, kauneuden tai todellisuuden välitöntä tajuamista ilman harkintaa”. Ahnger päätyy tästä lähtökohdasta katsomaan, että voimassa oleva oikeus, joka hänen kirjoituksensa ajankohtana vuonna 1983 tarkoitti vuoden 1948 OK 17:2.1:a⁷⁵⁷, ei salli intuition ottamista huomioon ja että intuition merkitys olisi minimoitava. Keinona hän suosittelee perustelujen laajempaa kirjoittamista myös todistusharkintaratkaisulle.⁷⁵⁸

Jos lähdetään sanotusta sanakirjamääritelmästä, epäilemättä sellainen intuitio sisältää ainakin tiedostamattoman mielivallan mahdollisuuden, eikä se olisi todistusharkinnan kannalta asianmukainen. Perustelujen kirjoittaminen näkyviin on hyvä ja nykyaikainen keino niin ratkaisijalle kuin ratkaisun saajillekin.

Kuitenkin muutamaa vuotta aikaisemmin Olavi Heinonen jo katsoi, että intuition käyttö hyväksytään ”voimassa olevassa järjestelmässä”.⁷⁵⁹ Hän käytti esimerkkinä tästä KKO:n ratkaisua KKO 1975 II 86, joka oli ”julkaistu prejudikaattina juuri todisteiden harkinnasta, kuten sen ensimmäinen otsikko osoittaa”.⁷⁶⁰ Mielestäni tämä ratkaisu ei kuitenkaan sovi erityisen hyvin niin Ekelöfin kuin sanakirjankaan määritelmiin intuitiosta. Tuon ajan perustelutapaan verrattuna poikkeuksellisenkin yksityiskohtaisesti perusteltu ratkaisu kertoo mielestäni päinvastaisesta eli perusteellisesta, faktoihin yksityiskohtaisesti sidotusta harkinnasta. Sitä on myös turha yrittää pukea minkään todistusharkintateorian pakkopaitaan.

Ahngerin ohella myös Heinonen painotti ratkaisun perustelemista: hänen mukaansa ”sen tulee olla perusteltavissa ja selitettävissä siten, että muutkin oikeudenkäyntiin osallistuneet henkilöt voivat vakuuttua kannanoton takana olevan harkinnan käytön objektiivisuudesta”.⁷⁶¹

756 Ahnger 1983, s. 26 – 42. Itse hän de lege lata päätyy ymmärtääkseni kannattamaan saksalaisperäiseksi luonnehtimaansa niin sanottua vakaumusmallia, joka tarkoittaa lähinnä perinteistä tuomarin vakuuttuneeksi tulemistä ratkaisun pohjana; s. 28, 36 – 39.

757 ”Oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena.” Momentti vastasi lähes sanasta sanaan edelleen voimassa olevaa RB 35:1:ää.

758 Ahnger 1983, s. 41 – 42. Suositus oli ainakin omien havaintojeni mukaan vuonna 1983 esitettynä edistykseellinen. Näyttöratkaisun harkintapolkuja ei tuohon aikaan ollut tapana panna näkyviin. Ks. lyhyitä ja ajalle tyypillisiä keskustelupuheenvuoroja hänen esityksensä jälkeen, mt. s. 42.

759 Heinonen 1980, s. 331 – 334. – Virolainen 1986, s. 908 – 909 katsoo, että intuition tuolloin kieltävää tai de lege ferenda kieltävää kantaa koskevien ”käsitysten paikkansapitävyys ja aiheellisuus on kuitenkin kyseenalaista. Vapaaseen todisteiden harkintaan sisältyy usein sellaista psykologista kokonaisharkintaa, jota ei voida eritellä eikä sellaisenaan perustella.”

760 Selostan tätä ratkaisua jäljempänä laajemmin.

761 Heinonen 1980, s. 333 – 334. Samoin Virolainen 1986, s. 905 – 909 korostaa näyttöratkaisun ja sen osana myös epäuskottavina pidettyjen todisteiden arvioinnin esille tuomisen merkitystä.

Mikä on sitten nyt voimassaolevan uuden OK 17 luvun kanta intuitioon? Entistä OK 17:2.1:a suunnilleen vastaa nykyisessä laissa OK 17:1.2: ”Tuomioistuimen on esitettyjä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä.” Lainkohta siis painottaa harkinnan perusteellisuutta. Mitään intuitiivisen harkinnan kieltoa ei lainkohtaan ole ollut tarkoitus sisällyttää.⁷⁶²

Ekelöfin määritelmä joutaa siis nähdäkseni tulla hylätyksi todistusoikeuden kontekstissa. Toisaalta Ahnger ja Heinonen ovat luonnollisesti oikeassa siinä, että perustelujen kirjoittaminen ”auki” on harkinnan oikea ja viimekätinen osatekijä. Samalla se on tehokas vastakeino torjua momentaarista yleissilmäystä. Nykyään on kiinnitettävä huomiota asianosaisten lisäksi myös siihen, että ratkaisu on ulkopuolisillekin ymmärrettävä.⁷⁶³

Intuitiosta ratkaisumekanismin osana olisikin parempi puhua hiukan vähemmän juhlallisessa merkityksessä, eräänlaisena oivaltamisena. Tämänkaltaista tekijää tuskin päätöksenteosta voidaan koskaan poistaa eikä siihen kannata (eikä tule) pyrkiäkään. Kun kysymys on inhimillisen harkintaprosessin osasta, mahdollista kieltoa tai ”lupaa” intuitiiviseen ajatteluun ei edes tule etsiä lain säännöksistä; ajatus kulkee joka tapauksessa omia polkujaan.⁷⁶⁴ Mielikuva tuomarista, joka ei saa oivaltaa, ei ole houkutteleva. Käytännössä oivaltaminen tapahtuu ensin nopean ajattelun vaiheessa, ja perusteleminen sitten vastaavasti hitaan ajattelun vaiheessa, jossa intuitiivisen ajattelun tuotetta voi testata. Kun päätöksenteko ei ole matematiikkaa, epäilemättä aina jää olemaan jonkinlainen harmaa alue tai ”musta laatikko.” Oivallus voi kuitenkin olla myös väärin premisseihin pohjautuvaa ja arvosteltavissa, ja siksi ratkaisun perustelujen kirjoittaminen on tällä kohdin hyvä ”kriittikkikoulu” ratkaisijalle.

Perustelemissvelvollisuudella todistusharkinnassa on merkitystä myös edellä mainitun arvottamisen ja sen tiedostamisen asteen kannalta. Kun tuomari kirjoittaa näytön arvioimisensa näkyville, hän tekee sen viestinä vastaanottajille eli asianosaisille ja yhteisölle, mutta samalla myös itselleen. Tällöin hänellä on tilaisuus punnita ehkä lähtökohtaisesti intuitioon perustuvan näkemyksensä perustellisuutta avoimesti ja yksityiskohtaisesti harkittujen kriteerien valossa.

Mikael Mellqvist, jonka eräs perusajatus on ”objektiivisuuden harhan” häivyttäminen tuomioperusteluista, kiteyttää intuition roolin näin;

⁷⁶² Esimerkiksi Todistelutoimikunnan 69/2012, s. 70 mukaan momentti ”vastaisi asiallisesti pääosin” voimassa ollutta OK 17 luvun 2 §:ää.

⁷⁶³ Toisaalta ratkaisujen paisuminen ulkopuolisten ”hyväksi” asettaa rajansa. Kädestäpitäinen selittely ei ole tarpeen.

⁷⁶⁴ Kuten Heinonen 1980, s. 326 toisessa asiayhteydessä sanoo: ”Normilla ei voida rikkoa luonnonlakeja.”

”Asetetut näyttövaatimukset, kriteerien ja metodien valinta näytön arvioimiseen, samoin kuin lopulta itse arviointi sellaisenaan, on inhimillisen valinnan tulosta. Kysymys on aivan yksinkertaisesti subjektiivisluonteisista kannanotoista, jotka perustuvat siihen, mitä mieltä olemme, mitä uskomme ja jossain määrin myös mitä tiedämme maailmasta, elämästä ja itsestämme. Tuomarin intuitioon vaikuttavat hänen kokemuksensa, ympäristönsä, yleiset mielipiteet ja tunne. Juuri tässä kykymme ottaa käyttöön tutkimukseen perustuva tieto – ja tietenkin kriittisesti arvioida tätä tietoa – tulee mukaan kuvaan. Ja juuri tässä älyllinen rehellisyys vaatii, että tuomioistuimet tuomioperusteluissaan tarkoin selvittävät, minkä johtopäätösten ne katsovat olevan pääasiallisesti objektiivisesti perusteltuja ja mitkä johtopäätökset seuraavat intuitiivisista pohdinnoista.”⁷⁶⁵

6.3.2 Tverskyn ja Kahnemanin kolme intuition heuristista kriteeriä

Tversky ja Kahneman käsittelevät kolmea heuristiikkaa, joita ihminen käyttää epävarmuuden vallitessa päätöksenteossa arvioidessaan intuitiivisesti todennäköisyyttä ja ennustaessaan arvoja. Heuristiikat ovat heidän mukaansa erittäin taloudellisia ja yleensä tehokkaita, mutta ne johtavat järjestelmällisiin ja ennustettaviin virheisiin. Heuristiikat ovat edustavuus (representativeness), (tapausten tai mahdollisuuksien) saatavuus (availability) ⁷⁶⁶ sekä sovittaminen ja ankkuroituminen (adjustment and anchoring).⁷⁶⁷ He antavat käsitteille seuraavanlaiset luonnehdinnat.

Edustavuusheuristiikka liittyy seuraavan tyyppisiin kysymyksiin: mikä on todennäköisyys, että esine A kuuluu luokkaan B, tai että tapahtuma A alkaa prosessista B, tai että prosessi B tuottaa tapahtuman A. Todennäköisyydet arvioidaan sen mukaan, miten paljon A edustaa B:tä, siis missä määrin A muistuttaa B:tä.⁷⁶⁸ Kun ihmiset arvioivat yksittäisten ilmiöiden toteutumisen todennäköisyyksiä suhteessa johonkin tyyppitapaukseen, he käyttävät kriteerinä sellaisia arvioitavana olevan ilmiön osia, jotka ovat samanlaisia tyyppitapauksen kanssa, mutta eivät osaa arvioida, mikä merkitys on niillä ilmiön osilla, joiden perusteella se eroaa tyyppitapauksesta, vaikka tällaisilla eroavaisuuksilla objektiivisesti arvioiden olisi huomattavakin merkitys. Tämä tapa arvioida todennäköisyyksiä johtaa kirjoittajien mukaan vakaviin virheisiin, koska samankaltaisuus tai

⁷⁶⁵ Mellqvist 2013, s. 778.

⁷⁶⁶ Gräns 2003, s. 187 – 214 kääntää tämän termin ehkä kuvaavammalla tavalla tunnistamisen helppoudeksi. Artikkelin suomentaja käyttää kuitenkin saatavuus-sanaa.

⁷⁶⁷ Tversky ja Kahneman 1982, s. 3 ja 2012, s. 479 – 480 ja 494. Artikkelin on ilmestynyt alkujaan vuonna 1974. Ks. myös Gräns 2003, s. 187 – 214.

⁷⁶⁸ Tversky ja Kahneman 2012, s. 480 – 486.

edustavuus ei ota huomioon useita tekijöitä, joiden tulisi vaikuttaa todennäköisyyden arviointiin, eli on näille tekijöille epäsensitiivinen. Kahneman ja Tversky mainitsevat tällaisina seikkoina epäsensitiivisyydet tulosten perustasoa eli aikaisempaa todennäköisyyttä kohtaan, otoksen suuruutta kohtaan, ennustettavuutta kohtaan ja regressiota kohtaan sekä väärät käsitykset sattumasta ja pätevyysarhan.⁷⁶⁹

Saatavuusheuristiikka tarkoittaa sitä, että ihmiset arvioivat luokan tai tapahtuman yleisyyden sen perusteella, miten helposti sitä koskevat esimerkit tai ilmaantumukset tulevat mieleen. Saatavuus on kirjoittajien mukaan hyödyllinen johtolanka arvioitaessa frekvenssejä tai todennäköisyyttä, koska suurten luokkien esimerkit tulevat tavallisesti paremmin ja nopeammin esille kuin vähemmän yleisten luokkien esimerkit, mutta saatavuuteen vaikuttavat muut tekijät kuin frekvenssi ja todennäköisyys. Siksi saatavuuteen luottaminen johtaa ennustettavissa oleviin vinoutumiin. Vinoutumat voivat johtua esimerkkien mieleenpalautettavuudesta, hakujoukon tehokkuudesta, kuviteltavuudesta ja korrelaation näennäisyydestä.⁷⁷⁰

Sovittamisen ja ankkuroitumisen heuristiikka taas tarkoittaa sitä, että monissa tapauksissa ihmiset arvioivat aloittamalla alkuarvosta, joka on sovitettu tuottamaan lopullinen vastaus. Ongelman muotoilu voi vihjata alkuarvoon tai lähtöpisteeseen tai ne voivat syntyä osittaisesta laskutoimituksesta. Kummassakin tapauksessa sovitukset ovat tyypillisesti riittämättömät, eri lähtöpisteet johtavat erilaisiin arvioihin, jotka ovat vinoutuneet alkuarvojen suuntaan (ankkuroituminen). Esimerkkitalanteina kirjoittajat mainitsevat riittämättömän sovituksen, konjunkttiivisten ja disjunkttiivisten tapahtumien arvioinnin vinoumat ja ankkuroitumisen subjektiivisten todennäköisyysjakautumien arvioinnissa.⁷⁷¹

6.4 Todistusharkinnan vaiheiden tarkempi kuvaus

Laajassa mielessä todistusharkinta alkaa silloin, kun asianosainen ryhtyy, ehkä asianajajansa kanssa, miettimään mahdollisesti tulevan prosessin kannalta tarvittavia todisteita, niiden vahvuutta ja sitä, mitä niillä parhaiten pystytään näyttämään toteen. Todistusharkintaa tapahtuu edelleen kannetta nostettaessa ja siihen vastattaessa sekä sovintomahdollisuuksia mietittäessä ja neuvoteltaessa, eli sekä ennen että jälkeen mahdollisen jutun vireilletulon. Vielä riitajutun (ja rikosjutunkin) valmistelussa, kuten todisteiden kartoituksessa,⁷⁷² tällaista

⁷⁶⁹ Tversky ja Kahneman 1982, s. 4 – 11 ja 2012, s. 480 – 486.

⁷⁷⁰ Tversky ja Kahneman 1982, s. 11 – 14 ja 2012, s. 486 – 489

⁷⁷¹ Tversky ja Kahneman 1982, s.14 – 18 ja 2012, s. 489 – 494.

⁷⁷² Keskeisin vaihe kartoituksessa tapahtuu valmistelussa ja saa ilmaisunsa todisteiden teemoituksessa. Jos juttua ajetaan – ja siihen vastataan – hyvin, todistusteemat kertovat samalla kullakin tasolla relevantit tosiasiat,

harkintaa voidaan suorittaa. Rikosjutussa esitutkinta on todisteiden harkintaa ja syyteharkinta pitkälti todistusharkintaa.

Suppeammassa – ja tavanomaisessa – mielessä todistusharkinta tapahtuu tuomioistuimessa jo vastaanotetun näytön perusteella. Klassinen, mutta osittain virheellinen käsitys on, että todistusharkinta ”kuuluu” vasta siihen vaiheeseen, kun kaikki näyttö on esitetty ja loppulausunnot annettu, ja ovet sulkeutuvat – joko tuomarikollegion tai juryn päätösneuvottelua varten tai yksinäistuomarin vetäytyessä harkitsemaan. Tällainen käsitys sivuuttaa sen tosiseikan, että näyttötuomarin harkinta alkaa oikeastaan ovien avauduttua ja siitä hetkestä, kun oikeudenkäyntiaineisto alkaa virrata istuntosaliin. Aineisto ei tule pelkästään todisteluvaiheessa, vaan myös asianosaisten asiaesittelyt ovat jo tätä aineistoa. Näyttötuomari tai tuomarien collegio (tai jury) vastaanottaa, sananmukaisesti ”kuulee” esityksiä ja miettii väitteiden painavuutta todisteiden valossa. Tämä on Kahnemanin nopeaa ajattelua. Siihen ja sen vaiheisiin ei sitouduta, mutta se on pohjana ”klassiselle” todistusharkinnalle *in camera*.

Ainakin jos käsiteltävänä on laajempi juttu, perinteinenkään todistusharkinta neuvotteluineen ei rajoitu tuomarikollegion yhteen kokoontumiseen. Neuvotteluja voidaan käydä jo istuntotauolla asianosaisten poissa ollessa.⁷⁷³ Jos todisteita otetaan vastaan useana päivänä, on usein tarpeen pitää neuvottelu päivän ”saaliista” kunkin päivän päätteeksi. Tuomaritkaan eivät ole muistineroja, jotka voisivat laajoissa jutuissa muistaa päivien taakse, mitä kulloisetkin todistajat ovat puhuneet. Siksi muistiinpanot voivat olla tärkeitä.

Lisäksi perinteinen näkemys, sivuuttaessaan prosessin dynamiikan ja todistelutilanteiden vaihtelemisen, tarkastelee todistusharkintaa yksinomaan tuomioistuimen näkökulmasta. Myös syyttäjät, asianajajat ja asianosaiset harkitsevat koko ajan kuulemaansa ja näkemäänsä. Tämä voi johtaa käytännön seuraamuksiin: tarpeettomaksi käyneestä todistajasta voidaan luopua tai sovinnonhalu voi todistelun vaiheissa kasvaa.

Tuomioistuimen todistusharkinta ilmenee muodollisesti ulospäin yhtenä kokonaisuutena, mutta se voi siis todellisuudessa olla pitkä prosessi, joka on

sikäli kuin ne ovat todistelun varassa. Käytännössä tällaiseen ideaaliin ei aina päästä, vaan relevanteiksi voidaan oivaltaa prosessin kuluessa uusiakin seikkoja. Vaikka kartoitusta tapahtuisikin vielä prosessin aikana, en kuitenkaan menisi yleisen käytännön kuvauksena niin pitkälle kuin Vaitoja 2014, s. 40: ”Merkitykselliset tosiasiat valikoituvat lopullisesti tuomioistuimen ratkaisuharkinnassa...Viime kädessä vasta lopullinen ratkaisu kertoo sen, mitkä faktat jutussa ovat relevantteja.” Tämä on totta joissakin tapauksissa, ja voidaanhan ajatella niinkin, että ”lopullisuus” voi tarkoittaa KKO:n ratkaisua, kuten osoittavat eräät oikeustosisetkan ”olemusta” koskevat ratkaisut, ehkä tuoreimpana KKO 2016: 47. Ne ovat kuitenkin erityistapauksia. Yleisemmin ottaen asiat eivät ainakaan oman näkemykseni perusteella ole näin synkällä tolalla, vaan prosessia käydään enimmäkseen jo kanteessa tai syytteessä kirjattujen ja relevantteiksi manifestoituneiden seikkojen pohjalta

⁷⁷³ Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 17 antaa todistusharkinnasta realistisen kuvan ottaessaan huomioon myös todistelun kuluessa tapahtuvan mietinnän. Erikoista kyllä, hän samalla kysyy, tokko on sopivaa, että oikeuden jäsenet jatkuvasti keskustelevat eri todisteiden näyttöarvosta. Hänen mukaansa ”voi olla aihetta antaa mielipiteiden vaihdon näytön arvosta odottaa, kunnes neuvottelu tapahtuu. Vasta silloinhan oikeuden jäsenillä on tiedossaan jutun kaikki näyttö, ja vasta neuvottelussa on mahdollista punnita eri todisteita yhdessä oikein.” Pidän tätä näkemystä todellisuudelle kovin vieraana.

käynnissä koko todistelun ajan. Harkinnan tuloksen perusteluiksi laatiminen on vielä oma prosessinsa.

Varsinaisen, päätöksentekovaiheessa tapahtuvan todistusharkinnan teknisessä kulussa, etenemisessä ja dynamiikassa voidaan siis erottaa useampia vaiheita. Jäljempänä laajemmin esitettävät todistusharkinnan teoriat tai mallit pyrkivät tuomaan esiin, miten tai minkälaisin vaihein tai portain harkinnan tulisi edetä (sollen-näkökulma). Vähemmän on olemassa aitouteen pyrkiviä kuvauksia siitä, miten se ”oikeasti” tapahtuu (sein-näkökulma). Toiset teoreetikot lähtevät avoimesti siitä, että heidän esittämänsä malli on ”vain” heuristinen, mutta toiset eivät tunnista tätä eroa, ja jää toisinaan epäselväksi, onko tarkoitus ollut kuvata vai suosittaa. Toiset teoriat keskittyvät enemmän harkinta-aineiston atomistiseen, toiset enemmän holistiseen tarkasteluun, mutta mikään teoria ei voi täysin sivuuttaa jompaakumpaa näistä tarkastelukulmista.

Yhteisenä kaikille teorioille ja myös käytännölle voidaan pitää jonkinasteista päättelyä, inferenssiä, jonka puitteissa kustakin todisteesta tehdään erilaisin reunaehdoin, useimmiten jonkinasteisen kokemussäännön tai muun päättelysäännön pohjalta, päätelmä esillä olevan faktaväitteen eli todistusteeman tarkoittaman asiantilan olemassaolosta. Päättelyn suuntautumista voidaan kuvata yksinkertaistetulla lausekkeella⁷⁷⁴ $E \rightarrow T$. Lauseke ei tarkoita, että E:stä ilman muuta seuraisi T, vaan ainoastaan sitä, että E vaikuttaa siihen todennäköisyyteen, jolla T pitää paikkansa, ”on tosi”. Tätä kuvaa ilmaisu $p(T, E)$. Lauseke tarkoittaa tosiseikan eli teeman T todennäköisyyttä ehdolla E eli tilanteessa, kun todiste E on otettu huomioon.

Edellä sanottu vaikuttaa triviaalilta, mutta käsittääkseni olennaista on tehdä ero E:n ja T:n välillä puhuttaessa todennäköisyydestä ja näyttöarvosta. On eri asia arvioida toisaalta todisteen oma todennäköisyys (todisteen sisällön paikkansapitävyyden todennäköisyys), johon vaikuttaa esimerkiksi uskottavuus, ja toisaalta se todisteen näyttöarvo eli todistusvoima kredentiaaleineen T:lle, jolla E lisää tai vähentää teemana olevan teeman T paikkansapitävyyttä. Näyttöarvon harkintaan vaikuttaa sekä todisteen todennäköisyys että sen sisällön relevanssi teemalle T.⁷⁷⁵ Jäljempänä esiteltävät todistusharkintateoriat eivät juurikaan käsittele todisteen relevanssia erillään, vaan painottavat lähinnä episteemistä todennäköisyyttä. Todisteen sisältö voi olla aivan paikkansapitävä – todistaja puhuu ”ummet ja lammet” totta mutta teeman sivusta - ja sen *sisällön*

⁷⁷⁴ Päättelyn kuvaus voi olla myös toisenlainen. Todistusarvometodissa se noudattaa kaavaa $T \rightarrow E$ (teemana oleva seikka on aiheuttanut todisteen), ja muun muassa kokonaisharkintaa korostavassa kertomusmallissa haettu (hypoteettinen) seikka voidaan joissakin tilanteissa päätellä muista faktoista, eli $T_1...4 \rightarrow T_5$.

⁷⁷⁵ Toisinaan todennäköisyys ja relevanssi ovat samansuuntaisia muuttujia. Mitä kauempana todistaja on ollut tapahtumapaikasta, sitä vähempi todennäköisyys kertomuksella usein on, ja vastaavasti sen relevanssi on vähäisempi.

paikkansapitävyyden todennäköisyys on siis mahdollisimman lähellä arvoa 1, mutta sen relevanssi *T:n* paikkansapitävyyden kannalta voi olla nolla.⁷⁷⁶

Mikäli juttua tai sen yksittäisten propositioiden todistusteemoja koskee jokin lähtökohtaisen todistustaakan sääntö, se on ”mukana kuvassa” prosessin alusta, ehkä sen suunnittelusta, alkaen, ja se on taustalla koko ajan todistusharkinnan kestäessä. Sama tilanne on kyseistä teemaa koskevalla näyttökynnyksellä.

Todistusharkinnan vaiheet voidaan jakaa karkeasti esimerkiksi seuraavalla tavalla viiteen pääkohtaan:

1. Ensimmäinen todistusharkinnan vaihe on todisteen sisällön oman paikkansapitävyyden (= miten *todennäköisesti* vastaa totuutta, miten *uskottava* se on) arvioiminen. Todistetta harkitaan, useimmiten kukin todiste erikseen ”atomistisesti”, ja samalla arvioidaan *todistuskeinon* luotettavuus ja sen kautta saadun informaation luotettavuus. Käytännössä harkinta tapahtuu tai alkaa intuitiivisesti jo todistelua vastaanotettaessa, selvimmin juuri henkilötodistelussa. Näytön vastaanottaja saa vaikutteita ja vaikutelmia todistuskeinosta ja arvioi sen luotettavuutta perinteisen todistajanpsykologian kuvaamin tavoin. Juuri tämän mahdollistumisessa on todistelukun välittömyyden ja suullisuuden arvo. Kysymys ei ole yksin siitä, halusiko henkilö kertoa totuuden, vaan myös siitä, pystyikö hän kertomaan totuuden, oliko hänellä ollut esimerkiksi todelliset mahdollisuudet tehdä havaintoja. – Kunkin todistajan antaman kertomuksen *sisältöä* arvioidaan vastaavalla mitalla. Arvioinnissa on useita dimensioita, eikä pelkkä uskottavuus tai luotettavuus ehkä riitä kuvaamaan kaikkea. Todistuskeinon ja todisteen sisällön luotettavuus ovat vuorovaikutuksessa keskenään.

Samantapainen arviointi voidaan tehdä asiakirjatodisteen kohdalla. Tunnetusti ”paper rod nar ej”, mutta esimerkiksi testamentin, kirjeen tai sähköpostiviestin arviointiin voi sisältyä samantyyppisiä piirteitä kuin todistajan ja tämän kertomuksen arviointiin. Molemmissa arvioinneissa harkitsijan näkökulma usein avartuu ja rikastuu, kun asianosaiset kommentoivat todistetta eli tuovat esiin omia havaintojaan ja näkökohtiaan.

2. Toisena vaiheena, joka voi ajallisesti mennä ensimmäisen päälle, voidaan pitää todisteen *relevanssin* arvioimista: mikä merkitys todisteella ja sen sisällöllä *on* todistusteemalle, sen omalle, seuraavan tason teemalle ja ehkä ultima probandumille? Ei ole ihan harvinaista, että todistajaa kuulusteltaessa valkenee, ettei todistaja oikeastaan tiedäkään teemastaan – joko ei aidosti tiedä tai ei halua olla tietoinen eikä siitä puhua. Sillä, ettei aidosti tiedä, voi olla merkitystä teemalle, mutta jos käy

⁷⁷⁶ Myös teeman kannalta ”turhaksi” lopulta osoittautuvan todistajan kuulustelu voi olla hyödyllistä – juuri sen toteamiseksi, että hän ”ei tiedä mitään”, vaikka hänen alustavan relevanssitestin mukaan pitäisi tietää teemasta paljonkin, ehkä jopa silminnäkijäasemansa perusteella. Tämä paradoksi antaa usein väriä todistajankuulusteluun.

ilmi, ettei todistaja halua tietää eikä puhua, tällä voi olla vielä enemmän merkitystä teeman kannalta. – Tässä vaiheessa harkitsija asettaa mielessään jonkinlaisen ”relevanssiarvon” todisteelle sen arvioinnista, mikä vaikutus todisteella teemalle on, miten vahvasti se teeman paikkansapitävyydestä todistaa. Toisin sanoen todisteen *todistusvoima* teemalle arvioidaan. Näiden vaiheiden erottelun laiminlyöminen johtaa sekavuuteen siinä, mistä kulloinkin puhutaan.

Todennäköisyyksiä punnitaan 1. ja 2. vaiheessa useita kertoja: miten todennäköisesti uskottava, miten todennäköisesti relevantti, miten todennäköisesti tukee probandumia. Kaikista näistä muodostuu *todistusvoima*. Näiden kriteerien omalla itseisarvolla ei ole merkitystä kuin suhteessa omaan objektiinsa: uskottavuus (usein aputositseikan muodossa) on suhteessa paikkansapitävyyden todennäköisyyteen, mutta tämä todennäköisyys ja ennen kaikkea relevanssi ovat suhteessa todistusteemaan.

3. Kolmantena vaiheena on, jos todisteita on samasta teemasta useita, niiden todistusvoimien yhdisteleminen ja yhteisen todistusvoiman muodostaminen. Tällöin vaikuttavat sekä yksittäisten todisteiden luotettavuus että niiden relevanssi, mutta nämä kaikki asetetaan suhteeseen toisten todisteiden vastaaviin arvioihin. Viimeistään tässä vaiheessa astuvat kuvaan varmuuden asteet, paikkansapitävyyden todennäköisyyden terminologia. Varsinkin tähän vaiheeseen useat todistusharkintateoriat tarjoavat apuaan – esimerkiksi kaavojen muodossa. Jos kysymys on todisteluketjusta, kustakin alateemasta saadut näytöt on aikanaan arvioitava yhdeksi ketjuksi. Kolmaskin vaihe tapahtuu ennen muuta episteemisin työkaluin eikä menettelyyn liity normatiivisia piirteitä. Eri asia on, että arvioinnin kohteena olevat oikeus-, todistus- ja aputositseikat saattavat sisältää ainesosia, jotka edellyttävät normatiivista tai muutoin adjektiivista arvottamista.

4. Neljäs vaihe on viimeksi mainitun todistusvoiman – tai näytön vahvuuden – vertaaminen siihen kynnykseen, joka näytön vahvuuden on ylitettävä, jotta seikka voitaisiin katsoa toteennäytetyksi.⁷⁷⁷ Todistusharkinta loppuu tuon atomistisen teeman kohdalta tähän, mutta se jatkuu holistisesti: eri teemojen paikkansapitävyyttä vertaillaan ja teemoja yhdistetään. Tätä toimintaa täytyy tehdä, jos todistelussa on useampia portaita, jokaisen portaan osalta erikseen ja lopuksi kokonaisuutta silmällä pitäen. – Toisin sanoen saatua näyttöä verrataan näyttövelvollisuuteen: todistustaakkaan ja näyttökynnykseen – teemoittain, teemojen kokonaisuuksittain ja ultima probandumin kannalta.

⁷⁷⁷ Viimeistään tässä harkinnan vaiheessa arviointiin vaikuttavat mahdolliset opit ja käsitykset siitä, miten todistustaakka eli näyttövelvollisuus tietystä seikasta asianosaisten kesken joillakin perusteilla jakaantuu tai kuinka paljon näyttöä sillä taakoitetulta on määrätty vaadittavaksi. Kysymys on todistusteemana olevan faktaproposition totuusarvon määrittämisestä: onko se tosi vai epätosi ja millä todennäköisyydellä. Oikeustositseikoilta ei enää kysytä niiden relevanssia – ei ole muita oikeustositseikkoja kuin relevantteja.

Harkinnassa saatuja viimekätisiä tuloksia eli ”konkreettista” oikeustositseikastoa on sitten arvioitava laissa asetettuja tunnusmerkistöjä – siviili- tai rikosoikeudellisia – tunnusmerkistöjä eli abstraktista oikeustositseikastoa vasten. Nuo tunnusmerkistöt olivat olleet ”johtoiheena” alusta lähtien vuorovaikutusmallin kuvaamalla tavalla ja määränneet koko todistelun suuntaviivat.

Ellei jo aikaisemmin, viimeistään nyt todistusharkinnassa arvioidaan myös niitä oikeustositseikkoja tai seikaston osia, joihin sisältyy tai liittyy arvionvarainen, adjektiivinen tai normatiivinen elementti. Ellei kysymys tässä ole puhtaasti fysikaalisen tai muun episteemisesti näytettävän ominaisuuden arvioimisesta, harkintaa voisi nimittää ”oikeudelliseksi” eikä se luonteeltaan eroa muusta oikeudellisesta harkinnasta, kuten rikoksen törkeysasteen arvioinnista tai jopa rangaistuksen mittaamisesta. Erään ajattelutavan mukaan tämä arvioinnin kolmas vaihe, *tulosten oikeudellinen arvottaminen ja evaluointi*, jää todistusharkinnan ulkopuolelle. Harkintaprosessin sisälle tehty rajanveto – kuten useissa tilanteissa ”tosiasiallisen” ja ”oikeudellisen” erottelu ylipäättään – on kuitenkin teoreettinen, sillä myös tämän vaiheen ja edellisen ja jopa kaikkein ensimmäisen vaiheen välillä voi olla olemassa tai syntyä vuorovaikutusta. Joka tapauksessa lopputuloksena syntyvä tuomio on tosiseikkojen, arvojen ja oikeussääntöjen ”sekoitus”⁷⁷⁸

Vaiheet ovat päättelyprosessin tuomioistuintyölle omaleimaisia osia, ja ne jäsentävät harkintaprosessia. Kaikkia vaiheita ei aina tarvita.⁷⁷⁹ Yksittäistuomarin tilanteessa vaiheet eivät saa yleensä ulkoista ilmausta, mutta kollegiaalisessa tuomioistuimessa ne toimivat samalla päätösneuvottelun konkreettisinkin apuvälineinä. Niin kuin yksittäistuomarin ajatusten risteillessä, yhtä lailla kollegiossa eri vaiheet saattavat mennä päällekkäin tai lomittain tai myöhemmästä vaiheesta voidaan palata aiempaan, jokin vaihe voi käydä tarpeettomaksi tai tulla nopeasti sivuutetuksi, mutta yhtä kaikki vaiheet voidaan taustalta hahmottaa. Vaiheita voidaan myös nimittää todistusharkinnan osajärjestelmiksi, jotka ovat vilkkaassakin vuorovaikutuksessa keskenään.

Harkintaprosessin vaiheiden taustalla oleva dynamiikka on lähtökohtaisesti samanlaista, ”yleisinhimillistä”, riippumatta siitä, miten prosessijärjestelmä yleisesti suhtautuu näytön harkinnan vapauteen. Mikäli todistusharkinta olisi absoluuttisen vapaata, vailla mitään lainsäätäjän tai oikeuskäytännön asettamia kahleita, askeleet eivät ehkä erottuisi kovinkaan selvästi, mutta ne olisivat silloinkin jossain muodossa olemassa. Laista ja muista oikeuslähteistä johtuvat rajoitukset ja suuntaviivat taas ovat päätöksenteon osajärjestelmiä ohjaavia

⁷⁷⁸ Ho 2008, s. 27: ”Mechanic jurisprudence, the depiction of adjudication as a simple deductive application of law to facts, was never more than a straw man”; vrt. kuitenkin s. 9 – 10.

⁷⁷⁹ Niinpä esimerkiksi Bayesin teoreemaan perustuvassa todennäköisyysteoriassa yleensä esitetään *kunkin yksittäisen* todisteen näyttöarvon vaikutuksen selvittäminen teemalle.

tekijöitä – ne kuvaannollisesti sulkevat ovia ja avaavat niitä ja ohjaavat ajattelua tiettyihin suuntiin.

Kuten aikaisemmin olen tuonut esiin ja edeltä ilmenee, katson näytön riittävyuden *harkinnan* kuuluvan todistusharkinnan piiriin. Sen sijaan näyttökynnyksen asettaminen on lähtökohtaisesti lainsäätäjään asia ja liittyy todistustaan vastaavaan asettamiseen. ”Käytännön mies” voi vaihe-esitykseni johdosta myös kysyä, eikö todisteen relevanssin tutkiminen kuulu kaikkein ensimmäiseksi. Tämä pitää paikkansa todisteen abstraktisen relevanssin kannalta: silminnäkijätodistajan kertomus on lähtökohtaisesti aina relevantti. Konkreettinen relevanssi paljastuu kuitenkin vasta, kun kertomus esitetään. Lähdenkin siitä, että todiste on todisteluvaiheeseen päästyään jo selviytynyt alustavasta, lainsäätäjänkin asettamasta ”relevanssitestistä” – tosin relevanssin lisäksi lainsäätäjä on voinut asettaa todisteen täytettäväksi muitakin ehtoja, kuten prosessiekonomiaan liittyviä kriteereitä.

Siinä, luetaanko ”näyttökynnyksproblematiikka” enää todistusharkintaan, tutkijoiden näkemykset eroavat. Arvelen kuitenkin, että jos ”problematiikka” jaetaan kahteen kysymykseen, näyttökynnyksen asettamiseen ja esitetyn näytön riittävyden arvioimiseen, kuva ainakin selkenee.⁷⁸⁰ Ongelmana oikeuskirjallisuudessa on löysä kielenkäyttö: on toisinaan vaikea erottaa, kumpaa tarkoitetaan, näyttökynnyksen asettamista vai esitetyn näytön vertaamista olemassa olevaan näyttökynnykseen. Esitetyn näytön näyttöarvon vertaaminen (määriteltyn) näyttökynnykseen tuskin on erityisen ongelmallinen kiistakapulaksi; erimielisyys liittyneekin enemmän siihen, saako tuomari vaikuttaa myös ad hoc näyttökynnyksen paikkaan, näyttövaatimuksen korkeuteen, vai onko sen määrittäminen lainsäätäjän (ja prejudikaattituomioistuimen) asia. Näyttökynnyksjaksossa päädyin siihen, että lainsäätäjä ja -käyttäjä tekevät tässä yhteistyötä.

Kanteen tai syytteen ”kokonaisnäyttöarvosta” puhuminen on ongelmallista. Sen sijaan jokaisella kanteen tai syytteen oikeustositseilla on oma näyttöarvonsa. Näyttöarvo on fiktio, ja prosessissa vain sen suhteella tuon oikeustositseikan näyttökynnykseen on merkitystä. Jos yksi pilari pettää, se ei voi lainata

⁷⁸⁰ Ks. esimerkiksi Virolainen, 1995, s. 44 ja 2000, s. 258. Hän erottelee todistusharkinnassa vain kaksi vaihetta, todistustositseikkojen todistusarvon määrittämisen ja näytön riittävyuden arvioinnin. Näistä ensimmäinen vastannee osapuilleen kahta ensimmäistä edellä hahmoteltua vaihetta ja jälkimmäinen kolmatta tai kolmatta ja neljättä vaihetta. Virolaisen terminologian mukaan näyttökysymyksen arvioinnin ensimmäisessä vaiheessa ”tuomari arvioi sekä kunkin yksittäisen todisteen näyttöarvon että useiden, mahdollisesti erisuuntaisten todisteiden yhteisvaikutuksen eli kokonaisnäytön näyttöarvon (todistusvoiman). Näyttö- tai todistusarvo tarkoittaa tuomarin henkilökohtaista vakuuttuneisuutta siitä, millä todennäköisyydellä kukin todistustositseikka ja kokonaisnäyttö todistaa todistusteeaman. Näyttöarvo määräytyy arviointikriteereinä käytettävien yleisten kokemussääntöjen ja konkreettiseen tapaukseen liittyvien aputositseikkojen perusteella. – Näytön riittävyuden arvioinnissa on kysymys siitä, miten vakuuttavaa näyttöä vaaditaan, että todennäköisyysarvioinnin tulosta voitaisiin pitää riittävänä, jotta tuomio voitaisiin perustaa todistelun kohteena olevaan oikeustositseikkaan. Tämä määräytyy todistustaakkaa ja näyttökynnyksen korkeutta koskevien normien perusteella. Todistusharkinta on empiirinen ja looginen, näyttökynnyksen määrittely puolestaan normatiivinen kysymys.” (Kursivointi tässä JR).

vetoapua muilta, eikä eri oikeustositseikkojen todistusarvoja lasketa yhteen.⁷⁸¹ Rikosjutussa tunnetusti näyttökynnys kaikkien objektiivisten tunnusmerkistöttekijöiden kohdalla on ”ei varteenotettavaa epäilystä” eli beyond reasonable doubt (brd), mutta subjektiivisen tunnusmerkistöttekijän (tahallisuuden) kohdalla riittää dolus eventualiksen toteutumiseksi tietoisuus, että seuraus ja olosuhteen olemassaolo ovat todennäköisempiä kuin niiden poissaolo. Toinen asia on yleinen kielenkäyttö.

Viimeisen vaiheen pohjalta muotoutuu sitten tuomion lopputulos kyseisen teeman, teemakokonaisuuden ja ultima probandumin osalta. Näyttö kulloinkin joko riittää tai ei riitä – tai jos näytön kohteena on ollut kvantitatiivinen suure, se voi riittää osaan väitetystä kohteesta. Kun kanne tai syyte hyväksytään, yleisessä kielenkäytössä sen sanotaan tulleen näytetyksi eikä käydä erottelemaan oikeustositseikka oikeustositseikalta näytetyksi tulemista. Sellainen voi kuitenkin olla hyvin paikallaan tuomion perusteluissa.

Edellä hahmoteltu porrastus on kaavamainen eikä sellaisenaan ainoa mahdollinen. Yksinkertaisessa jutussa, jossa näyttökysymys ei ehkä ole mitenkään pääosassa, saatetaan edetä nopeastikin vaiheesta toiseen eikä jäädä miettimään portaita. Näytön arviointi menee selkein askelin, näyttökynnys on stabiili eikä ratkaisun tekeminen kaipaa teoreettista analyysia.

6.5 Todistelutilanne

6.5.1 Johdantoa. Todistelutilanne eräänä keskeisenä tarkasteluvälineenä

Prosessi on etenevä, tietyissä puitteissa jatkuva, dynaaminen tapahtuma. Prosessilla on alkunsa ja loppunsa, joiden väliin sen vaiheet sijoittuvat. Sama eteneminen koskee todistelua ja sen osia, kuten todisteiden esittämistä ja sittemmin seuraavaa todistusharkintaa. *Todistelutilanteen* käsite kuvaa sitä, millä tolalla näyttö on. Ensin otan tarkasteltavaksi norjalaisten⁷⁸² nykytutkijoiden Kolflaathin ja Strandbergin määrittelyt tästä työkalusta sekä Strandbergin kehittämät lisäversiot. Tämän jälkeen esitän oman määrittelyni dynaamisen prosessin tarpeisiin.

⁷⁸¹ Ne päinvastoin tulisi kertoa keskenään, jos noudatetaan matemaattista todistusharkintamallia. Tämä on eräs Jonathan Cohenin esille nostama matemaattisen teorian kompastuskivi, jota käsittelen myöhemmin hänen oman todistusharkintateorian yhteydessä. – Tosin riittainen on myös kysymys siitä, *tuleeko* eri oikeustositseikkojen todennäköisyydet vielä kertoa keskenään edes silloin, kun niille annetaan matemaattisia arvoja.

⁷⁸² Termi lieneekin pohjoismaista perua.

6.5.2 Kolflaathin bevissituasjon

Kolflaathin mukaan todistelutilanne (bevissituasjon) on ”hiukan likimääräisesti sanottuna” kerätyn todistusaineiston sisältö, joka on arvioitava.⁷⁸³ Se sisältää ne todisteet, jotka on esitetty tuomarille oikeuden istunnossa, kuten pääkäsittelyssä. Todistelutilanne on istunnossa esitetyn todistelun tuote ja voi asian vaiheissa muuttua, esimerkiksi alioikeuden istunnosta muutoksenhakutuomioistuimeen. Jos ylemmässä asteessa kuulustellaan uutta todistajaa tai aiemmin kuulusteltu muuttaa kertomustaan, todistelutilanne on erilainen. Todistelutilanne ei siis Kolflaathin määritelmän mukaan välttämättä muuta asianosaisten keskinäisiä voimasuhteita, mitä näyttöön tulee, eikä kerro, miten asianosainen ”asemoituu” näytön kannalta, vaan kertoo vain sen, mitä tuomarille on esitetty todistelun kuluessa. Se sisältää asianosaisten kertomusten sisällön lisäksi sen, miten kertomukset on esitetty. Siihen kuuluu myös esitettyä todistetta koskeva ulkoinen tieto, kuten tieto siitä, että todistaja on kertonut toisin esitutkinnassa. Kolmanneksi Kolflaath sisällyttää todistelutilanteeseen myös tiedot todisteista, joita on olemassa mutta joita ei ole esitetty oikeudelle, samoin kuin tiedot asianosaisen tutkimuksista tai näytön varmistamisesta, jotka asianosainen olisi voinut tehdä mutta on laiminlyönyt tehdä – edellyttäen että tuomarin tieto näistä on peräisin itse istunnosta.

Todistelutilanteen piiriin Kolflaath ei sen sijaan lue niitä asioita koskevia konkreettisia tietoja, jotka eivät ole peräisin istunnosta, vaan esimerkiksi tiedotusvälineistä tai yksityisestä keskustelusta kyseisen asian tuntevaksi väitetyn tuttavan kanssa.⁷⁸⁴ Todistelutilanteeseen eivät kuulu Kolflaathin määrittelyssä myöskään tiedot, joita todistetta tarjoava asianosainen antaa tuomarille todisteen sisällöstä tilanteessa, jossa vastapuoli vastustaa todisteen esittämistä – koska jos todiste hyväksytään, sen esitettävä sisältö kuuluu todistelutilanteeseen, mutta jos todiste torjutaan, tuomarin on jätettävä sen jo esille tullut sisältö ottamatta huomioon – mikä tietysti voi olla vaikeaa.

Kolflaath tuo esiin, ettei hän aseta todistelutilanteen käsitettä suhteeseen siihen, miten yksittäinen näytön vastaanottanut tuomari on käsittänyt todistelun. Kolflaath ilmoittaa lähtökohdakseen objektiivisen ja ”noe idealisert” käsitteen, jonka mukaan on olemassa vain yksi todistelutilanne silloinkin, kun istuntoon osallistuu useita tuomareita.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Kolflaath 2013, s. 61 – 64.

⁷⁸⁴ Kolflaath 2013, s. 62, viittaa tässä Norjan StrpL 305 §:ään, jonka mukaan sen arvioimisessa, mitä katsotaan näytetyksi toteen, otetaan huomioon vain ne todisteet, jotka on esitetty pääkäsittelyssä, ja TvL 21-2 §:n 2 momentin 1 kohtaan.

⁷⁸⁵ Kolflaath oli saanut luvan seurata eräiden lagmannsretten-muutoksenhakutuomioistuinten päätösneuvotteluja. Käsittelen tätä tarkemmin monijäsenisten tuomioistuinten todistusharkinnan yhteydessä.

Samanlainen lähtökohta ei aina johda samaan tulokseen. Kolflaath huomauttaa, että todistelua ja todistusharkintaa ei voida realistisesti kuvata ilmaisulla ”ensin todistelu, sitten todistusharkinta”. Todisteiden arviointia tapahtuu koko ajan todistelun kuluessa – mikään muu olisi psykologisesti miltei mahdotonta. Kolflaath ei halua väittää, että tuomarit useimmiten tekevät johtopäätökset ennen kuin kaikki todisteet on esitetty. Mutta se, että todisteiden harkinta alkaa ennen kuin koko todistelutilanne on esitetty tuomarille, merkitsee, että tuomarin matkan varrella tekemät arvioinnit voivat vaikuttaa siihen, miten hän käsittää todisteet, jotka esitetään myöhemmin. Tämä on vain eräs ”confirmation bias”-vinoutuman ilmentymä, joka lähtee siitä, että henkilön näkökannat ja asenteet tiedostamattomasti ohjaavat uuden informaation valintaa ja tulkintaa.⁷⁸⁶

6.5.3 Strandbergin bevissituasjon’it

Strandberg⁷⁸⁷ tukeutuu lakiin ja sanoo: ”[Dessuten] bruker jeg ”bevissituasjonjen” om summen av alle bevisdata dommeren kan legge vekt på i en sak. Hvilke bevisdata dommeren kan legge vekt på i en sak, er regulert i tvl. § 21-2 (2): ’Bevisvurderingen baseres på det som framkommer om de faktiske forhold i det som skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen.”

Strandberg erittelee todistelutilanteita lähtien täydellisyysden käsitteestä, jonka alajaotteluja hän tuo esiin. Yhteistä kaikille on (*faktisesti*) *esitety*n todistelun *suhde kaikkeen mahdolliseen todisteluun*: alakäsitteet nähdään osana jälkimäistä. Mitä enemmän seikan todennäköisyyttä koskeva väite perustuu väitettä koskevaan relevanttiin tietoon, sitä täydellisemmäksi tilanne tulee. Täydellisyys todistusoikeudessa on Strandbergin mukaan tuomioistuimelle faktisesti esitettyjen todisteiden sisältämän informaation (faktinen todistelutilanne) suhde siihen informaatioon, joka olisi sisältynyt siihen ajateltuun todistelutilanteeseen, jossa kaikki relevantti näyttö olisi esitetty tuomioistuimelle (totaalinen todistustilanne). Suhde voidaan periaatteessa esittää murtolukuna.⁷⁸⁸

Strandberg toteaa totaalinäyttötilanteen olevan vaikea määritellä operationaalisesti, mutta esittää, että se tarkoittaa *kaikkea relevanttia informaatiota, joka tuolla hetkellä (til enhver tid) on olemassa tosiseikkaväitteestä*. Tämä määritelmä ei kuitenkaan ole asianmukainen kahdesta syystä. Se voi johtaa ongelmalliseen ratkaisuun, jos todisteita käsitellään epätoivottavalla tavalla. Täydellisyttä voidaan nimittäin tuon määritelmän mukaan lisätä kahdella tavalla. Jos totaalitodistelutilanne on konstantti,

⁷⁸⁶ Kolflaath 2013, s. 64. Hän nimittää tätä ”vahvistustaipuvaisuudeksi” (bekreftelsestilbøyelighet”) ja ”putkinäöksi” (tunnelsyn).

⁷⁸⁷ Strandberg 2012, s. 50. Hän tuo myös esille, mitä tämä Norjan lain mukaan yleisesti konkretian tasolla merkitsee.

⁷⁸⁸ Strandberg 2012, s. 538 – 539. Kursivointi Strandbergin.

täydellisyys kasvaa sitä mukaa kuin faktinen todistelutilanne kasvaa. Kuitenkin täydellisyys kasvaa myös silloin, kun faktinen todistelutilanne on konstantti ja totaalinäyttöttilanne pienenee. Totaalitodistelutilanne pienenee tällöin, kun jokin todiste hävitetään: täydellisyyden aste suurenee, kun relevantti todiste hävitetään. Sellainen täydellisyysaste palkitsisi siten epätoivottavan todisteiden käsittelyn, hän toteaa.⁷⁸⁹

Tämän hävittämisen käsittelyn voisi välttää sanomalla, että *totaalinäyttöttilanne on kaikki se informaatio, joka on tai on joskus ollut väitettä koskien*. Kuitenkin tällä, kuten monilla muilla täydellisyyttä koskevilla käsitteillä, on ”saavutettavuusongelma”, sillä tuomari tietää pelkästään sen, mitkä näytöt on esitetty oikeudelle, eikä hän tiedä, mitä todisteita oikeussalin ulkopuolella on ollut tai edelleen on.⁷⁹⁰ Tuomari ei voi tietää, mitä totaalitodistelutilanteeseen kuuluu, joten häneltä puuttuu mittakeppi siitä, miten täydellinen todistelutilanne on. Vaikka kaikki relevantti näyttö olisi esitetty, tuomari ei tiedä sitäkään. Ja vaikka tuomari tietäisi että yhtä todistetta ei ole esitetty, hän ei voi tietää, onko tämä ainoa jota ei ole esitetty.⁷⁹¹

Kolmas vaihtoehto on pitää totaalitodistelutilannetta idealisoituna suureena: silloin se olisi *väitettä koskeva ideaalinen todistelutilanne*. Kysymys on pikemminkin faktisen todistelutilanteen etäisyydestä ideaaliseen eikä totaaliseen. Tämä on keskeistä Cohenin induktiiviselle metodille: todennäköisyys nousee sitä mukaa kuin faktisen ja ideaalisen todistelutilanteen ero pienenee. Käsite etäisyydestä episteemiseen ideaaliin nojautuu relevanttiin epistemologiseen tekijään, joka on todistus oikeudellekin tärkeä. Todistus oikeuden pyrkimyksestä totuuteen seuraa luonnollisesti, että tuomarin tulee päästä asemaan, jossa hänen mahdollisuutensa esittää oikeat tuomion perustelut on paras. On silti vaikea nähdä, miten se voi toimia näyttösääntöjen sisältönä. Tuomarin episteeminen asema on useimmissa jutuissa kaukana episteemisestä ideaalista esillä olevien todistusteemojen kannalta. Episteeminen ideaali on tuon suuren etäisyyden vuoksi epärealistinen ja huonosti sopiva mittaväline operaatio-naalisille näyttösäännöille, Strandberg katsoo.⁷⁹²

Seuraavana vaihtoehtona Strandberg esittää totaalitodistelutilanteen määrittelyn, joka kiinnittää huomion tuomarin roolin rajoituksiin: *totaalitodistelutilanne on paras mahdollinen episteeminen asema, johon tuomari voidaan ajatella asetettavan, kun otetaan huomioon ne reunaehdot, joiden puitteissa hän työskentelee*. Tällöin

789 Strandberg 2012, s. 539. Kursivointi Strandbergin.

790 Strandberg viittaa tässä Lindelliin 1987, s. 344 – 348 ja Norrgårdiin 1996, s. 342 (”Om domstolen inte märker att det finns brister så kan den inte heller beakta bristerna.”).

791 Strandberg 2012, s. 539 – 540. Kursivointi Strandbergin.

792 Strandberg 2012, s. 540 – 541. Kursivointi Strandbergin. – Hän katsoo, että uniikkeja historiallisia tapahtumia koskevien väitteiden kannalta ideaalinen asema olisi olla ”kärpäsenä seinällä” – suomalaisittain kaiketi ”kärpäsenä katossa”.

otetaan huomioon todistusoikeuden asettamat kehykset: todistelu tapahtuu oikeus-
salissa tai katselmuksessa. Realistiseksi vaihtoehdoksi hän täsmentää vielä, että
totaalitodistelutilanne on se episteeminen asema, johon tuomari on käytännöllisesti
mahdollista asettaa hänen työnsä reunaehdot huomioon ottaen. Tämä kattaa enem-
män kuin mitä todiste ja todistelutilanne on ja voi juridisessa asiayhteydessä olla.
Juridinen näyttö ei useinkaan ole olemassa, ennen kuin se esitetään oikeudelle, mutta
se on mahdollisuuksia, joihin asianosaiset voivat turvautua. Asianosaiset ja muut
voivat hävittää todisteita, luoda todisteita, säilyttää todisteita, penkoa todisteita esiin,
salata todisteita ja niin edelleen. Ideaalinen todistelutilanne ei siksi ole se, mikä on
käsillä, vaan se, mikä olisi voinut olla käsillä, jos asianosaiset ja kaikki muut, jotka
voivat vaikuttaa todistelutilanteeseen, olisivat toimineet optimaalisesti. Oikeudelliset
todisteet eivät ole löydettävissä ”tuolta ulkoa”, kuten historialliset jäänteet, jotka
arkeologi vain kaivaa esiin, vaan niitä leimaavat teot, jotka aiheuttavat sen, että ne
tulevat oikeudelle. On siksi turhaa puhua todisteista jonakin sellaisena, mikä olisi
näistä teoista riippumatonta, ja täydellisyyden näyttökynnys voidaan uskottavasti
jollakin tavalla asettaa suhteeseen siihen, mitä kohtuullisesti voidaan sellaisilta teoilta
vaatia. Käsitys siitä, mitä voidaan kohtuudella saattaa tuomarin saataville, voi olla
operationalisoitavissa siinä mielessä, että sitä voidaan käyttää ratkaistaessa, onko
todistelutilanne riittävän hyvä. Kriteeri on hatara, mutta tällaisissa kysymyksissä
on vaikea välttää hataria kriteereitä ja riippumattomuutta konkreettisesta tuomarin
harkinnasta.⁷⁹³

Strandberg jättää viimeisen vaihtoehdon käsittelyn tähän, sillä hän katsoo,
että robustiuden käsite ”vaikuttaa lupaavammalta”, koska se sulkee piirinsä
tilanteita, joita mikään täydellisyyden käsite ei kata, ja koska se on helpompi
konkretisoida.⁷⁹⁴

Robustiutta käsittelen tässä jaksossa jäljempänä. Strandbergin vaihtoehdois-
ta oikeastaan viimeinen lieenee realistisin. Siinä ainakin jollakin tavalla otetaan
huomioon asianosaisten (mielestäni usein ratkaiseva) rooli myös todistelutilan-
teen täydellisyyden arvioinnissa. Strandberg ei pane painoa sille, että on paljon
tilanteita, joissa kumpikaan asianosainen ei tähtää ”täydellisyyteen”, vaan lähtö-
kohtana on heidän tietoinen disponointinsa myös lopputulokseen vaikuttavista
todisteista. Toisin sanoen Strandbergin ote on hiukan ”inkvisitorinen”. Toisaalta,
kyllä todisteita oikeudenkäyntiäkin varten monesti ”kaivetaan” ja arkeologin
tavoin tiedetään oikea paikka etsimisen aloittamiselle. Vaikka totalisuus tuo
mieleen lopullisuuden, Strandbergin ajattelutapa näyttäisi ottavan huomioon
kuitenkin jonkinasteisen dynamiikan.

793 Strandberg 2012, s. 541 – 542.

794 Strandberg 2012, s. 542.

6.5.4 Oma versio todistelutilanteen käsitteeksi

Kolflaath lähtee edellä kuvatuin tavoin siitä, että todistelutilanne vallitsee silloin, kun loppulausunnot on annettu, laskut vaihdettu ja ovet sulkeutuvat päätösneuvotteluja varten. Käsitteelle näyttäisi olevan ominaista tietynlainen lopullisuus. Näyttö on tallessa. Tälle käsitelmäärittelylle todistelutilannetta parempi käänös olisi todistustilanne tai näyttötilanne: se on ”lopullinen”, staattinen eikä muutoksia enää oikeastaan odoteta. Sen sijaan Strandberg näyttäisi lähtevän selvästi siitä, että todistelutilanne voi muuttua koko ajan.

Aivan johdonmukaisena Kolflaathin kantaa ei mielestäni voida pitää. Hän itsekkin lähtee siitä, että todistusharkintaa tapahtuu jo todistelun kuluessa – vahinko vain, että hän näyttäisi näkevän tämän kovin negatiivisessa valossa, tuloksena *bias*. Jos annetaan merkitystä prosessin dynaamisuudelle, on vaikea torjua ajatusta, että myös todistelutilanne ”elää” todistelun alkamisesta lähtien. Yhtenä ideana todistusdatan ja todistustositseikkojen erottelussahan on, että merkityksettömältäkin näyttänyt todistusdata voi *muuttua* merkitykselliseksi.⁷⁹⁵ Näyttötuumari vastaanottaessaan todistelua ei toimi pelkän tallennuslaitteen tavoin. Jos dynamiikan nimissä lähdetään siitä, että todistusharkinta alkaa jo ensimmäisen todisteen (mahdollisimman laajassa merkityksessä) esittämisestä, myös todistelutilanteen on johdonmukaista katsoa alkavan siitä. Toisaalta ei ole mikään salaisuus, että tilanne ”elää” harkinnan loppuun saakka; Kolflaathin synkkä *bias*-ennustus on reaalisessa ja siten vastuullisessa harkintatilanteessa yksinkertaisesti virheellinen.

Strandberg taas etenee huolellisesti askel askeleelta määritellessään todistelutilannetta. Tuomarin reunaehtojen noteeraaminen on aiheellista, mutta yhtä kaikki hänen määritelmänsä ”totaalisuudessaan” näyttäisivät tähtäävän robustiuden arvioimisen tarpeisiin. Tämä on mielestäni vain yksi näkökulma todistelutilanteelle.

Itse määrittelenkin todistelutilanteen Kolflaathin ja Strandberginkin määrittelyistä poikkeavasti, sen käyttöalaa laajentaen. Se eroaa niistä lähinnä kolmessa suhteessa: tarkasteluajankohdan, todistelun voimasuhteiden tilan (”vaa’an asennon” ilmoittamisen) sekä sisällön rajausten kohdalla. Perustelen tätä viittaamalla todisteluprosessin tosiasialliseen dynamiikkaan ja siten ”pienen ideaalitapauksen” staattisuuden välttämiseen. Uusi määrittely mahdollistaa todistelun kulun monipuolisemman tarkastelun ja myös tuo sen dynamiikan paremmin tarkasteltavaksi.

Todistelutilanne voidaan siis määritellä minä tahansa tiettyinä prosessin hetkenä vallitsevaksi näytön tilaksi, ikään kuin tuona hetkenä otetuksi pysäytyskuvaksi. Se voidaan ajatella Kolflaathin tavoin ovien sulkeutumisen hetkeksi,

⁷⁹⁵ Ks. Kolflaath 2007, s. 181 alaviite 24, ja edellä tosiseikkojen kolmijaosta Norjan osalta lausuttua.

mutta yhtä hyvin käynnissä olevan konkreettisen todistelun hetkeksi, samoin kuin kuvaamaan ”kuvaushetken” todistusharkinnan tilaa. Tuo hetki voi olla keskellä todistelun vastaanottamista tai todistelun päätyttyä. Mutta yhtä hyvin se voi olla ennen varsinaisen todisteluvaiheen aloittamista. Ensinnäkin jo valmisteluun ja sitä edeltäviin vaiheisiin sisältyy piirteitä, joissa on kysymys tosiseikkojen oikeaksi todistamisesta tai toteamisesta. Kantaja esittää tiettyjä faktaväitteitä kanteessaan ja valmistelussa vastaaja tunnustaa tietyt seikat toiseksi. Riidattomat seikat kuuluvat käsitteellisesti todistelun piiriin, vaikka eivät kaipaakaan todistelua. Toiseksi, myös esitetyt väitteet ja niiden perustelut muodostavat osan oikeudenkäyntiaineistoa, jonka näyttötuomari saa ja joka hänen tulee ottaa huomioon. Kolmanneksi, todisteiden vastaanoton aikana tilanne muuttuu toisinaan koko ajan. Se muuttuu ulkoisesti oikeussalissa mutta myös tuomarin harkinnassa – ja asianosaistenkin harkinnassa⁷⁹⁶.

Tällöin voidaan *ajatuksellisesti* tilanne ”pysäyttää” ja tehdä tavallaan välitilinpäätös, joka kertoo todistelun tilan – mikä on vaa’ankielen asento, kuka on ”voitolla” ja kuinka paljon – juuri siinä todistelutilanteessa. Tätä jatkuvaa muuttumista ja välitilinpäätöksen sisältöä käsittääkseni on oikeastaan tarkoitettu, kun on puhuttu ”väärästä” todistustaakasta, joka on siirtynyt todistelun edetessä. Todistelutilannetta voidaan käyttää myös vertailuun, missä määrin esitetty näyttö kattaa mahdollisen näytön eli on robustia. Tätä kautta tullaan lähelle myös (lähinnä rikosprosessin) kysymystä, onko olemassa syytteeseen verrattuna vaihtoehtoisia tapahtumainkuluja ja niille näyttöä, jota ei ole hankittu tai esitetty.

Perinteisesti lienee katsottu, että tuomarin toimintatapoihin ei kuulu tällaisten ”väliaikatietojen” julkinen ilmoittaminen. Useimmiten näkemykset ja mielikuvat eivät ole edes niin täsmällisiä, että ne olisivat sanoiksi puettavissa. Toinen asia on, että kollegisessa tuomioistuimessa asiantiloista keskustellaan myös todistelun kestäessä esimerkiksi tauoilla.⁷⁹⁷ Jos kysymyksessä on pitkä, usean päivän tai viikon kestävä pääkäsittely, kunkin päivän todistelun analysointi ja läpikäyminen on pakkokin suorittaa saman päivän päätteeksi tai ainakin niin pian kuin mahdollista. Muutoin asiat unohtuvat ajan kulumisen vuoksi tai siksi, että jatkuvasti tuleva uusi muistiaines peittää vanhaa ainesta alleen.

Välitilinpäätöksen antamisen ei kuitenkaan tarvitsisi olla poissuljettu mahdollisuus. Eräissä niin rikos- kuin riitajuttujenkin tilanteissa tuomarilla voisi ajatella olevan mahdollisuus lausua käsityksensä todistelutilanteesta – siltä kannalta, mitä vaa’ankieli hänen mielestään kertoo. Tällainen saattaisi olla meillä

796 Asianosaisen kohdalla tilanteen muuttuminen ja tilannetaju saavat ulkoisen ilmiänsä esimerkiksi sillä, että avustaja luopuu kuulemasta teemasta enempiä ilmoittamiaan todistajia tai (mikä on tuossa vaiheessa kyllä harvinaisempaa) esittää vastapuolelle sovintoneuvottelujen jatkamista.

797 Tämä käytäntö lienee notorisesti tuttu kaikille tuomioistuintuomareille. Siitä mainitsee yhtä lailla Kolflaath 2013, s. 215 – 216.

harvinaista ja sisältää myös riskejä, samoin kuin esimerkiksi harkitsematon kannanotto todistustaakan jakautumiseen. Englannissa tunnetaan rikosasian asianosaisen no case to answer -pyyntö, johon vastaaminen kesken prosessin edellyttää kannanottoa siihenastiseen syyttäjän näyttöön – mutta pyyntö itsessään voi olla riskialtis.

Todistelutilanteen ottamishetken ajallinen laajentaminen antaa aiheen kuitenkin erääseen epäilykseen. Dynaamisuus ei ole ainoa prosessia luonnehtiva periaate. Erilaisille oikeusjärjestyksille on melko tavalla yhteistä pyrkiä soveltamaan eri tavoin keskittämisperiaatetta: oikeudenkäynti pyritään keskittämään yhdeksi ”kompaktiksi” kokonaisuudeksi. Tätä voidaan tehostaa esimerkiksi preklusiosäännöksillä.⁷⁹⁸ Lyökö keskittäminen ja preklusio dynaamisuutta niin sanotusti korvalle – ainakin sikäli, ettei todistelutilanteen tarkastelu ”kesken kaiken” ole järkevää, eli onko Kolflaathin määritelmä sittenkin parempi?

Lähtökohtana oikeudenkäynnissä on, että todistelu nimetään ennen prosessin alkamista tai ainakin heti sen alussa. Tämä menettely perustuu tavoitteeseen keskittää käsittely ja lieenee yleismaailmallinen ainakin riita-asian oikeudenkäynnissä. Uuden näytön tuominen johtaisi useimmiten pääkäsittelyn lykkäämiseen. Jo tämän vuoksi on johdonmukaista, että aikaisemmin nimeämättömän uuden näytön esittäminen voi olla rajoitettua ja ainakin preklusiorajoitusten alaista. Rikosprosessissa rajoitukset, jos niitä on, ovat pienempiä, mutta niissäkään ei hyvän oikeudenkäyntitavan mukaista liene enää tänä päivänä ainakaan se, että asianosainen pitää ”takataskussaan” sellaista relevanttia näyttöä, joka hänellä on ollut tiedossa. Toisin sanoen säännönmukainen menettely ei kummassakaan prosessilajissa ole, että uutta näyttöä nimetään sitä mukaa, kuin oikeudenkäynti ja muu todistelu etenee.

Nähdäkseni sanottu periaate ei kuitenkaan osaltaan vähennä prosessin ja todistelun dynaamisuuteen perustuvan tarkastelun mahdollisuuksia. Sanotut rajoitukset ja preklusio tähtäävät lähinnä todistelun keskittämiseen ja huolellisen valmistelun painottamiseen. Niillä ei ole tarkoitus estää sellaisen näytön esittämistä, jota uusi prosessitilanne edellyttää. Selkeimmin tämä näkyy juuri rikosprosessissa, jossa ei yleensä ole riita-asia-ain käsittelyn kaltaista valmisteluistuntoa ja uusia käänteitä saattaa tulla yllättävämminkin – voidaanhan kesken prosessin joutua palaamaan esitutkintaankin. Pikemminkin preklusiorajoitukset tuovat dynaamisuuden etualalle, koska tällöin myös tuomioistuin joutuu

798 Meillä preklusiot, tietyssä vaiheessa lankeavaa rajoitusta esittää uutta näyttöä sääntelevät käräjäoikeusmenettelyn sisäisesti valmistelussa OK 5:20.1 ja 5:22 sekä pääkäsittelyssä 5:29 ja dispositiivisen riita-asian pääkäsittelyssä 6:9.2. Muutoksenhakuaiheen preklusiot sääntelevät riita-asioissa OK 25:17.1, 25:15.3 ja 26:4.2 (KO -> HO), sekä riita- että rikosasioissa 30:7 ja 30:12.1 (HO -> KKO, kun HO on ollut ensimmäinen muutoksenhakuaste) sekä OK 30a:6.1 (ennakkopäätösvalitus KO -> KKO), vrt. viimeksi mainitusta kuitenkin HE:n 105/2009 s. 74 mainittuja esimerkkejä, joihin preklusiolainkohdat eivät kuulu. Rikosasian muutoksenhaussa KO:sta HO:een ei ole preklusiot. Käytännössä indispositiivisissa asioissa muutosta haettaessa tilanne on lain kirjaimesta huolimatta usein sama; indispositiivisuuden perustana oleva intressi, esimerkiksi lapsen etu huoltoasiassa, voi painaa enemmän kuin prosessuaaliset seikat.

usein pohtimaan tuonhetkistä todistelutilannetta arvioidessaan, täytyvätkö preklusiolle asetetut edellytykset – onko asianosaisella ollut esimerkiksi ”pätevä aihe” olla nimeämättä todistetta aikaisemmin.

Mitä todistelutilanne sisällöllisesti käsittää? Kolflaath rajaa sen esittämälleen tavalla ”ideaalimalliin”. Näkisin rajauksissa normatiivista ainesta: hänen hahmottelemaansa tilanteeseen näyttää sisältyvän vain ”lain sallimaa”, joko oikeudenkäyntiaineistoksi hyväksyttyä tai sen hankkimiseen tai esittämiseen liittyvää oheisaineistoa, kuten kertomuksen esitystapa. Jollakin tavalla on hiukan vaikea nähdä, miten mahdollinen, mutta laiminlyöty, aineisto voisi olla tätä todistelutilannetta. Tarkoituksena lienee robustius-elementin saaminen mukaan tarkasteluun. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että tämä laajennus ”räjäyttää” käsitteen rajat sellaiseen, mitä ei ole. En sitä tähän sisällyttäisi. Kattavuuden kysymykset voidaan käsitellä muutenkin.

Kolflaathista poiketen en toisaalta rajoittuisi vain ”sallittuun” tai normeerattuun oikeudenkäyntiaineistoon – vaikka tämä luonnollisesti sisältyy todistelutilanteeseen. Todistelutilanteeseen voivat varmasti vaikuttaa myös ”asiaan kuulumattomat” tekijät t. hälyt. Eräs esimerkki voi olla asianosaisen tai todistajan muu kuin kertomuksen antamiseen liittyvä käyttäytyminen. Kuten Huovila on huomauttanut, kärjäsälissa voi olla hyvin paljon sanatonta viestintää, jota ei voi pukeakaan sanoiksi.⁷⁹⁹

6.6 Virhelähteistä ja todistajanpsykologiasta

Hyvin monenlaiset seikat voivat vaikuttaa siihen, että todisteen sisältö ei välity virheettömänä todistelutilanteessa. Virhelähteet voivat liittyä sekä todisteseen, sen esittämiseen kuin vastaanottamiseenkin. Jo todisteen sisältö, kuten todistajan alkuperäinen havainto tai asiakirjan teksti, voi olla virheellinen eli sellainen, että se ei vastaa todella tapahtunutta. Todistajan havainto- ja mieleenpaimiskyky, muisti, mieleenpalauttamiskyky ja kyky esittää asiansa vaihtelevat ihmisillä ja niissä jokaisessa voi olla puutteita, mikä saattaa johtaa viestin välittymiseen sisällöltään osin tai kokonaan virheellisenä. Erikseen ovat vielä tilanteet, joissa kuulusteltava henkilö haluaa tarkoituksellisesti antaa väärän kuvan asioista. Lopulta myös viestin vastaanottaja, näyttötuomari, saattaa eri syistä ymmärtää viestin väärin.

Todistajaan tai yleensäkin näyttötarkoituksessa suullisesti kuulusteltavaan henkilöön liittyvät virhelähteet eli varsinainen todistajanpsykologia jää pääosin tämän esityksen ulkopuolelle. Todistajanpsykologia on muodostunut omaksi tieteenalakseen. Sen sijaan viestin vastaanottajaan eli tuomariin liittyviä

⁷⁹⁹ Huovila 2003, s. 21.

virhelähteitä käsittelen jäljempänä tuomarin esiymmärryksen ja alkuperäistodennäköisyyden yhteydessä. Tämä johtuu siitä, että seikan alkuperäistodennäköisyyttä voidaan pitää ensi sijassa seikkaan itseensä liittyvänä ominaisuutena.

Sen kuvan täydentämiseksi, jonka edessä käytännön tuomioistuin ja tuomari jutun todisteluvaiheessa on, viittaaan kuitenkin Leo Hertzbergin tiivistykseen niistä seikoista, joilla on merkitystä todistajan uskottavuuden kannalta. Hertzberg kirjoittaa seuraavasti.⁸⁰⁰

”Av vittnets yttre uppträdande i rätten kunna även dragas vissa slutsatser av betydelse. Den som länge sysslat med domarverksamhet tycker sig finna några återkommande drag, man kunde kalla dem varningssignaler, som kunna tyda på subjektiv inställning hos eller påverkan på ett vittne, såsom t.ex. sturska svar, irriterat tonfall, envist fasthållande vid vissa ord och uttryck eller viss ordningsföljd i berättelsen, särskilt framträdande då vittnesmålet avbrytes genom frågor, lust att polemisera med parter och ombud, samt rikta frågor till dem, benägenhet att halka över vissa fakta av central betydelse, korresponderande med överbetoning av andra, betydelselösa fakta, ett påfallande lågmält tal och vägran att höja rösten trots upprepade anmaningar, kallsvett och darrning. Man bör visserligen vara försiktig med att draga slutsatser av sådana tecken, då ett känsligt vittne kan bli besvärat redan av att nödgas uppträda inför rätta och enbart av den orsaken kan komma att bete sig på ett från det vanliga avvikande sätt. Tror sig domaren emellertid kunna av vittnets uppträdande sluta sig till att hans berättelse icke är trovärdig, bör in protokollet göras en antydning om huru vittnet uppträtt, medan värdesättningen av vittnesmålet införes i själva utslaget.”

Hertzbergin havainnot ovat valideita yhä edelleen. Muutosta on tapahtunut siinä, että todistajan käyttäytymisen poikkeavuutta kuvataan ratkaisuihin melkoisen pidättyvästi. Sellaisen käyttäytymisen pöytäkirjaamista, jos se voi vaikuttaa uskottavuuteen, edellytettiin vuoden 1948 OK 17:28.1:ssä. Kirjaaminen oli hyvin perusteltavissa jo sen vuoksi, että menettely muutoksenhakuasteissa ei ollut suullista ja pöytäkirja oli väline näiden näkökohtien välittämiseen niille. Kirjaaminen koettiin kuitenkin todistajan kannalta ongelmalliseksi.⁸⁰¹ Kun hovioikeusmenettely uudistettiin 1990-luvulla ja pääkäsittelyt tulivat näyttöongelmissa pääsäännöksi, pöytäkirjaamisen ”välitystehtävä” menetti pääosan merkityksestään. Velvoite jäikin pois uudesta OK 17 luvusta.

⁸⁰⁰ Hertzberg 1962, s. 114.

⁸⁰¹ Hertzberg 1962, s. 110 kyllä huomauttaa, ettei tuomioistuimen tulekaan sanoa, että todistaja ei puhu totta, vaan että kertomus siitä tai siitä syystä antaa epäuskottavan vaikutelman. – Heinonen 1980, s. 336 huomauttaa, että saattaa olla epäkorrektia lausua yksityiskohtaisesti julki niitä syitä, joiden takia jotakin lausumaa tai muuta näyttöä ei ole pidetty luotettavana.

Vastapainoksi voi mainita kahden norjalaisen emeritusprofessorin Svein Magnussenin ja Ulf Stridbeckin menetekelin tuoreen lausuman valheen ja väärin selitysten esittämisen paljastamisen mahdollisuudesta:

”Forskningen er klar: Det foreligger intet alternativ till etterforskning. Det er så å si umulig å avsløre løgn og uriktige forklaringer på grunnlag av hvordan vitner fremstår; det er heller ikke mulig på grunnlag av atferdsobservasjon å avsløre personer som seiler under falskt flagg i dagliglivet, eller personer med kriminelle hensikter.”⁸⁰²

6.7 Todistusharkinta monijäsenisessä tuomioistuimessa

Toisin kuin meillä käräjäoikeuden lautakunnan tai muun monijäsenisen tuomioistuimen, juryn on yleensä oltava yksimielinen lukeakseen rikoksen syyksi tai katsoessaan riitajutussa vastaajan vastuunalaiseksi. Yksimielisyyden vaatimus ei meilläkään ole ollut aivan vieras, sillä ennen alioikeuksien prosessi uudistusta kihlakunnanoikeuden lautakunta saattoi vain yksimielisenä kumota ammattituomarin kannan. Vaikka vertaaminen tavanomaiseen mannermaiseen monijäseniseen tuomioistuimeen tuntuu hiukan kaukaiselta ja eroja on paljon niin tehtävien järjestelyssä kuin toimivallassakin, ei kannata sivuuttaa sitä, mitä juryn toiminnasta todistusharkinnassa on common law -maissa lausuttu.⁸⁰³ Ehkä merkittävin ero on joka tapauksessa siinä, että juryn ei tarvitse eikä se saakaan esittää perusteita kannalleen eikä siten esimerkiksi kertoa, mitkä todisteet saivat sen mielestä vaa’an kallistumaan syyksilukemisen puolelle. Tunnetusti ”mannermaisen” mallin mukaan organisoidut monijäsenisetkin tuomioistuimet – ja myös niiden eri mieltä olevat jäsenet äänestyslausumissaan – pyrkivät perustelemaan ratkaisunsa, siihen luettuna todistusharkinnassaan tekemänsä ratkaisut ja johtopäätökset, mahdollisimman tarkasti.

Ho:n juryn toiminnasta lausuma koskee jossain määrin myös muunkinlaisia monijäsenisiä tuomioistuinta. Hän lausuu, että päätösharkinta kognitiivisena prosessina on pidettävä erillään juryn harkinnasta *ryhmän toimintana*. Ryhmän

802 Magnussen – Stridbeck 2020, s. 6 ja 16 – 17. Heidän mukaansa (s. 9) valheen ja petollisen käyttäytymisen paljastaminen on tutkimuskenttä, jota leimaa heikko ja fragmentoitunut teoria. Populäärin, pseudotieteellisen kirjallisuuden lukeminen voi antaa väärän kuvan todellisuudesta tällä tiedonalalla, virheellisen uskomuksen ideoihin, jotka osoittautuvat heikosti käytäntöön soveltuviksi. Siksi on heidän mukaansa tärkeää keskittää huomio empiirisiin tutkimuksiin, siihen mitä tutkimus todellisuudessa on saanut selville. He tyrmäävät (s. 10 ja 14 – 15) niin ”mikroilmausten” (pienien kasvonliikkeiden) teorian, SPOT- teorian (”Screening of Passengers by Observation Techniques”), kuin SYNERGOLOGY-teorian (Kanadasta Eurooppaan levinnyt ruumiinkielen, erityisesti eleiden analysointiteoria).

803 Ei tarvitse mennä kauemmas kuin naapurimaahamme Norjaan, jossa on anglikaanisesta vaikutuksesta ja perinteestä edelleen omanlaisensa jury-muotoinen päätöksentekojärjestelmä muutoksenhakuasteessa eräissä törkeissä rikosjutuissa (lagretten).

toimintana harkinta on havainnoitavissa toistensa kanssa vuorovaikutuksessa olevien yksilöiden käyttäytymisenä, kun taas kognitiivisena prosessina harkinta on ”henkistä toimintaa”. Tähän toimintaan kuuluu näytön evaluoiminen pitäen silmällä sen ratkaisemista, mitä uskoa ja mitä ratkaista. Ei voida täysin ymmärtää, miten jury ryhmänä päätyy ratkaisuunsa, ellei oteta huomioon sitä henkilöiden välistä dynamiikkaa, jonka tuloksena on vaadittu konsensus. Juryn jäsenten odotetaan esittävän näkemyksensä ja kuuntelevan muiden mielipiteitä. Jury, jolla on se etu puolellaan, että jokainen jäsen tuo ”pöytään” yksilöllisen kokemuksensa ja kompetenssinsa, pääsee tehokkaammin oikeaan ratkaisuun kuin yksinäistuomari ”bench trial”issa.⁸⁰⁴ Niiden normatiivisten sääntöjen, jotka sääntelevät harkintaa kognitiivisena prosessina ja jotka liittyvät tosiseikkaa koskevan ratkaisun justifioimiseen, tulisi koskea sekä yksilöllistä että ryhmän harkintaa; fact-finderin on kunnioitettava sääntöjä päätöksentekonsa aikana, ja kun on kysymys jurystä, sääntöjä on noudatettava sen keskustellessa todistelusta tehtävistä asianmukaisista johtopäätöksistä.⁸⁰⁵

Kolflaath, joka oli päässyt seuraamaan lagmannsrettin päätösneuvotteluja ja siten todistusharkintakeskusteluja, on pitänyt lähtökohtanaan edellä mainituin tavoin objektiivista ja ”noe idealisert” käsitettä, jonka mukaan on olemassa vain yksi todistelutilanne silloinkin, kun istuntoon osallistuu useita tuomareita.⁸⁰⁶ Tätä ei hänen mukaansa pidä tulkita empiiriseksi väitteeksi, että kaikki tuomarit käsittäisivät todistelutilanteen täsmälleen samalla tavalla. Tosin lienee niin, että useimmille tuomareille, joille esitetään sama todistelutilanne, myös syntyyne pitkälti yhteinen käsitys siitä, mitä heille on esitetty. Eroja voi kyllä olla. Ei ole harvinaista, että todistaja esimerkiksi ilmaisee itsensä epäselvästi, eikä epäselvyyksiä aina selvitetä kertomuksen aikana. Todistajan äänenkäyttö ja tuomarin kuulo voivat vaihdella, ja tuomari saattaa menettää tarkkaavaisuutensa. Se, mitä tuomari todistelusta muistaa, voi myös vaihdella, kuten Kolflaathin havainnot päätösneuvotteluista osoittivat.⁸⁰⁷ Eriävät näkemykset voivat tietysti vaikuttaa todistusharkintaan ja johtaa jäseniä erilaisiin lopputuloksiin. Yhteinen käsitys istunnon tapahtumista ei kuitenkaan takaa siitä, että jäsenet asettavat perustaksi saman tosiseikan. Kolflaath esittää esimerkkeinä mahdollisista syistä erimielisyyteen tosiseikkakysymyksissä erilaisen näkemyksen niistä kokemuslauseista, joita harkinnassa käytetään ja mahdollisesti vallitsevat erilaiset käsitykset todennäköisyydelle asetettavista vaatimuksista. Syynä erilaisiin johtopäätöksiin

804 Ho 2008, s. 34. Kursivointi Ho:n.

805 Ho 2008, s. 34 ja alaviite 142.

806 Norjassa on mahdollisuus saada lupa ulkopuolisen havainnoitsijan paikallaoloon, joskin häntä koskivat tarkat ehdot. Kolflaathin otanta käsitti kaikkiaan 105 rikosjuttua. Muun ohella tältä pohjalta hän laati v. 2013 teoksensa. Ks. Kolflaath 2003, s. 29, 43 ja 215 – 218. – Ehkä olennaisin anti Kolflaathin seurannassa on ollut lagmannsretten-oikeuden ammattituomarien ja maallikkojäsenten (lagretten) vuorovaikutuksen kuvaus.

807 Kolflaath 2013, s. 64: Useimmiten kysely kollegalta syytetyn tai todistajan tarkasta lausumasta tietyllä kohdin johti jäsenet yhteiseen käsitykseen siitä, useimmiten muistiinpanojen perusteella.

voi olla myös eroavuudet siinä, miten syvällisesti ja järjestelmällisesti tuomarit pohtivat todisteita.⁸⁰⁸

Johannes Andenæs⁸⁰⁹ toteaa, että vakuuttuminen on yksilöllinen, psykologinen ilmiö: se mikä saa toisen vakuuttuneeksi, ei vakuuta toista. Tätä ei tule ymmärtää niin, että todistusharkinnasta puuttuisi objektiivisuus. Tuomari ei voi laiminlyödä harkintaa tyytymällä pelkkään intuitioon. Todistusaineistoa tulee käsitellä harkiten. Esitetyt todisteet tulee yhdistää yleiseen kokemuslauseisiin niiden arvon mukaan, ja tältä pohjalta tuomarin tulee ottaa kantaa siihen, onko olemassa riittävä todennäköisyyden aste, jotta hän voi perustaa ratkaisun sille.

Erimielisyys todistusharkinnassa voi siis johtua eri syistä. Se voi ensinnäkin johtua siitä, että jäsenillä on erilainen käsitys tai muistikuva oikeuden tapahtumista; yksi tuomari on esimerkiksi kiinnittänyt huomiota syytetyn tai todistajien äänensävyyn vivahteisiin ja ilmeisiin, joita toinen ei ole lainkaan pannut merkille. Toiseksi erimielisyys voi johtua eroavista käsityksistä harkinnassa käytettävien kokemuslauseiden suhteen; yksi on esimerkiksi skeptisempi lasten todistajankertomuksista kuin toinen. Kolmanneksi mielipiteiden erot voivat johtua siitä, että tuomarit asettavat erilaisia vaatimuksia tuomitsemisen edellyttämälle todennäköisyydelle. Usein on kuitenkin vaikeata todeta, mistä erimielisyys johtuu. Todistusharkinnassa käsiteltäviksi tulevat yksityiskohdat ovat niin lukuisia ja monimutkaisia, sovellettavat kokemuslauseet niin epätasällisia, ja todennäköisyyttä koskeva vaatimus niin vaikea muotoilla tarkasti sanallisesti, että aivan yksinkertaisia ja selviä tilanteita lukuun ottamatta on melkein mahdotonta esittää täydellistä perustelua lopputulokselle.

6.8 Takaisinkytkennästä harkintaprosesseissa

Eckhoff on katsonut, että ne tarkistukset, joita ratkaisijan täytyy hyvän lopputuloksen saamiseksi tehdä ensi vaiheessa ”harkintamatkan varrella” syntyneistä käsityksistä, tapahtuvat suuressa määrin takaisinkytkennän⁸¹⁰ kautta. Ensinnäkin tapahtuu usein paljon eteen- ja takaisinkytkentää (!) kun otetaan kantaa siihen, mitkä tiedot (data) eli tosiseikat ja oikeudellinen materiaali otetaan tarkasteltaviksi. Tämä johtuu oikeusnormien ja tosiseikkojen keskinäisestä riippuvaisuussuhteesta. Yksittäisessä jutussa katse on suunnattava vuorotellen tosiseikkoihin ja oikeuteen ongelman selville saamiseksi. Tosiseikoista eli olosuhteista ja esitetyistä vaatimuksista saatavan ensivaikutelman perusteella tehdään ehkä väliaikainen näkemys siitä, mistä oikeuskysymyksestä voi olla kysymys.

808 Kolflaath 2013, s. 64.

809 Andenæs 2015, s. 166.

810 Käsitteestä, positiivisesta ja negatiivisesta feedbackistä ja niiden toimimisesta hakrintaprosesseissa Eckhoff 1978, s. 41 – 46.

Mutta kun aletaan tutkia ja harkita, miten kysymys ratkaistaan, huomataan usein, että tarvitaan lisää tietoa faktoista. Ja kun sitä on saatu, oikeuskysymykset näyttävät ehkä toisilta kuin ensimmäisessä vaiheessa.⁸¹¹

Ratkaisun pohjan yksittäisten lenkkien arvioimisessa tapahtuu usein takaisinkytkentää. Eckhoffin mielestä jopa lakitekstin toistettu, huoleellisempi lukeminen on tällaista. Hän kutsuu tätä hermeneuttiseksi kehäksi yksittäisten sanojen merkitysten ja niiden asiayhteyttä koskevien harkintojen välillä. Nämä harkinnat voivat vastavuoroisesti rikastuttaa toisiaan. Myös tosiseikkojen arvioinnissa voi olla samanlaisia takaisinkytkentöjä. Todistaja esimerkiksi kuvaa tapahtumainkulkua tavalla, joka vaikuttaa epäuskottavalta, ja siksi kysytään uudestaan, jotta saadaan selville, onko kertomus ymmärretty oikein. Ehkä kysytään myös toisilta todistajilta kertomuksen pitävyyden varmistamiseksi.⁸¹²

Takaisinkytkentää voi esiintyä senkin jälkeen, kun kaikki kysymykset on ajateltu läpi ja päästy alustavaan lopputulokseen. Syynä voi olla esimerkiksi, että lain sisällöstä ja tosiseikoista ensi vaiheessa luonnollisimpina pidetyt käsitykset eivät johda kohtuulliseen ratkaisuun asianosaisten välillä. Silloin käydään helposti aineisto läpi vielä kerran sen harkitsemiseksi, eikö joitakin alustavista käsityksistä voi tarkistaa. Tämä on eräs negatiivisen (sääntelevän) takaisinkytkennän muoto: se, että väliaikainen johtopäätös poikkeaa toivotusta, on informaatiota, joka laukaisee harkinnan uudelleen ratkaisuperustan yksittäisten lenkkien osalta, jotta päästäisiin lähemmäs juttua. Myös positiivista (vahvistavaa) takaisinkytkentää voi esiintyä: ollaan esimerkiksi tyytyväisiä alustavaan johtopäätökseen ja alustaviin premisseihin, mutta käydään varmuuden vuoksi läpi aineisto tai osia siitä vielä kerran. Silloin voi ajatella, että tyytyväisyys lopputulokseen auttaa vahvistamaan uskoa siihen, että ne kannanotot, joihin perustelujen yksittäisissä lenkeissä on päädytty, ovat pitäviä, ja että tämä vuorostaan vahvistaa luottamusta siihen, että lopputulos on hyvä.⁸¹³

Takaisinkytkentä voi olla laajempi tai suppeampi. Se voi johtaa kaiken tietoineksen (datan) täydelliseen uuteen läpikäymiseen. Ehkä mukaan vedetään myös uutta tietoaainestoa tai muutetaan ongelmanasettelua, tai sitten tyydytään käymään läpi suurempi tai pienempi osa aineistosta. Kaikissa tapauksissa juuri arvioinnit ohjaavat takaisinkytkentää. Laatuvaatimuksiahan asetetaan niin johtopäätökselle, yksittäisille premisseille kuin niiden välisille yhteyksillekin. Jos kartoitettaisiin, miten tutkimus on edennyt ja ajatukset muuttuneet oikeuskysymyksen työstämisen aikana, saataisiin usein monimutkainen malli, joka sisältää pieniä ja suuria toistensa sisällä ja ympärillä olevia takaisinkytkentäkuvioita.⁸¹⁴

811 Eckhoff 1991, s. 162. Eckhoffilla on piirroksessaan ”laatikkona” ”vurdering av disse” ja ohjaavana voimana tilbakekobling.

812 Eckhoff 1991, s. 162 – 163.

813 Eckhoff 1991, s. 163.

814 Eckhoff 1991, s. 163.

Omana arvioinani katson, että Eckhoff antaa takaisinkytkennälle suhteetomankin suuren huomion. Syinä voi olla ensinnä se, että hän pitää silmällä taustalla normin voimassaolokysymystä ja siihen liittyen esimerkiksi normin voimassaolon vahvistamista. Toiseksi, hän tarkastelee ennen kaikkea pääsääntöisesti *oikeusjärjestelmää* (ei siis edes yksin tuomioistuinlaitosta) *kokonaissysteeminä*. Tosin juuri aikaisemmin tekstissään hän tarkasteli harkintaprosessia alasysteeminä. Edellä siteeraamissani kohdissa hän kuitenkin ”laskeutui” yksittäisen oikeusjutun tasolle ja sen harkintaprosessiin.

6.9 Tiedon kredentiaaleista keskeisinä harkintakriteereinä tiedolle ja todistelutilanteelle: relevanssi, luotettavuus/uskottavuus, todistusvoima ja todennäköisyys

6.9.1 Johdantoa. Neljä kredentiaalia ja ulkojäsenet robustius ja weight. Todisteen sisällöstä eli tiedosta.

Todistuksellisen tiedon eräitä keskeisiä kredentiaaleja⁸¹⁵ ovat tiedon relevanssi, luotettavuus/uskottavuus ja todistusvoima. Kredentiaalien ja erityisesti uskottavuuden analysointi on pitkälle vietyä common law’n piirissä. Noudatan tätä, lähinnä angloamerikkalaiseen kirjallisuuteen perustuvaa kategorisointia. Terminologiseksi ongelmaksi jää termi uskottavuus: se liittyy enemmänkin todistuskeinoon, kuten henkilönäytön esittäjään; luotettavuus taas enemmänkin tietoon itseensä. Tältä kannalta voi sanoa myös niin, että uskottavuus vaikuttaa suoraan tiedon luotettavuuteen. Kotimaisessa kirjallisuudessa näitä kahta käsitettä käytetään usein synonyymeina tai uskottavuutta myös luotettavuuden merkityksessä.

Kolmijakoon ei suoraan kuulu todisteen sisällölle keskeinen käsite, tiedon oma todennäköisyys: miten todennäköistä on, että tieto itse pitää paikkansa. Määrittelen tiedon oman todennäköisyyden sen neljänneksi kredentiaaliksi. Nämä neljä kredentiaalia muodostavat pohjan todisteen sisältämän tiedon todistusvoiman, näyttöarvon eli painoarvon määrittämiselle. Kysymys on kaikkien neljän keskinäisistä suhteista. Tiedon omaa todennäköisyyttä olen käsitellyt edellä ja jäljempänä se tulee esiin todennäköisyysteorioiden eräänä keskeisenä osana. Lähinnä seuraavassa esityksessä käsittelen relevanssia, uskottavuutta ja todistusvoimaa.

⁸¹⁵ Sana ”kredentiaali” tarkoittaa yleisesti seikkaa, joka luo tai antaa luottamusta johonkin (latinan sanasta *credentialis* sanasta *credentia*, luottamus).

Todistusvoima poikkeaa kolmesta muusta kredentiaalista sikäli, että se on todisteen sisältämän tiedon arvioinnin ”saldo” ja tarkoittaa sen vaikutussuhteen vahvuutta, joka tiedolla on siihen todistusteemaan, jota kyseisellä todisteella ja sen tietosisällöllä halutaan näyttää toteen. Todistusvoima syntyy relevanssista, uskottavuudesta ja tiedon omasta todennäköisyydestä. Jos jokin näistä kantavista pilareista jää kokonaan puuttumaan, todistusvoimaa ei ole. Mitä heikompi yksi tai useampi kolmikosta on, sitä heikompi todistusvoima on.

John Maynard Keynesillä on painon, *weight*, käsite, jolla on kaksi eri merkitystä.⁸¹⁶ Toinen liittyy tietoon ja tarkoittaa suunnilleen samaa kuin edellä todistusvoima. Se ei ole sama kuin tiedon todennäköisyys, vaan sisältää tiedon todennäköisyyden lisäksi ainakin tiedon relevanssin. Sanan toista käyttöä voisi luonnehtia todistelutilanteen erääksi piirteeksi, eräänlaiseksi ”*todistelutilanteen kredentiaaliksi*”. Se vastaa suunnilleen sitä, mitä yleensä kutsutaan näytön robustiudeksi. Tällöin on kysymys koko todistelun⁸¹⁷ täydellisyydestä.

Kredentiaalien asettaminen tärkeysjärjestykseen ei ole mielekästä. Jos niin halutaan tehdä, relevanssi on keskeisin käsite näytön arvioinnissa. Se koskee myös todistelutilanteen kvalifikaatiota eli näytön robustiutta (sekä Keynesin *weight*’in toista käyttöä). Yksinkertainen syy relevanssin korostamiseen on, että kaiken näytön täytyy olla relevanttia, jotta sillä olisi ylipäätään mitään merkitystä todistusharkinnan kannalta. Näytön täytyy olla (edes abstraktisti) relevanttia, jotta se etenisi todistelumenettelyyn saakka ja se olisi järkevää esittää. Oikeusjärjestelmät epäävät universaalisti epärelevantin todistelun esittämisen. Todisteen täytyy osoittautua myös konkreettisesti relevantiksi. Vain relevantin todistelun kohdalla uskottavuuden, todennäköisyyden ja todistusvoiman arvioiminen on mielekästä. Samoin näytön robustiutta ja painoa arvioitaessa lähdetään siitä, että arvioinnin kohde on ylipäätään relevantti teemalle.

Kaikki neljä kredentiaalia ovat, paitsi kvalitatiivisia, myös kvantitatiivisia suureita: tiedolla voi olla suuri relevanssi todistusteemalle tai sen relevanssi voi olla marginaalista, tieto voi olla hyvin luotettava tai tietty seikka saattaa vähentää sen luotettavuutta, ja tiedolla voi olla merkittävä todistusvoima tai sen näyttöarvoa voi vastanäyttö vähentää melkoisesti. Tiedon oma todennäköisyys on ”omassa luokassaan”, koska se vaikuttaa suoraan todistusvoimaan, mutta se vaikuttaa siihen myös vaikuttamalla tiedon konkreettiseen relevanssiin.

Kvantitatiivisuus herättää kysymyksen siitä, voidaanko näitä suureita mitata jollakin tavalla ja mikä sellainen mittapuu olisi. Jo mainituista esimerkeistä

816 Merkitysten erilaisuuteen on kiinnittänyt huomiota ainakin Strandberg 2012, s. 518 – 519 ja erityisesti s. 532.

817 Tietysti *weight*’in toistakin merkitystä eli robustiutta voidaan pitää tiedon ominaisuutena, mutta tällöin tarkoitetaan koko näytöllä saadun (tai saatavan) ”tietämyksen” kokonaisuutta, jonka horjumattomuutta arvioidaan. Se, että liitän sen todistelutilanteeseen, on lähinnä esitystekninen ratkaisu, mutta puoltaa paikkaansa siltä kannalta, että robustiutta yleensä tarkastellaan juuri todistelun kokonaisuuden ja todistelutilanteen kannalta.

näkyä erilaisia sanallisia kvantiteetin luonnehdintoja, mutta on toinen asia, voidaanko mittaamisesta puhua jossakin tieteellisessä mielessä. Mittaamista on analyttisimmin tutkittu todennäköisyyden osalta, kuten käy ilmi jäljempänä esiteltävistä todennäköisyysteorioista. Silloin kohteena ovat olleet lähinnä todistusharkinnan tuloksen ja näyttökynnyksen ja näiden vertaamisen ongelmat. Tästä sanottu sopii mutatis mutandis näihin kolmeen ensin mainittuun suu-reeseen. Loppujen lopuksi todistusharkinnan tulos on noiden neljän kriteerin mittaamisen ja vaatimuksiin vertaamisen tulosta – sekä yksittäisten seikkojen että niiden muodostaman kokonaisuuden kannalta.

Arvioinnin ketjujen päätepisteenä on aina teemana olevan väitteen paikkansapitävyys, sen todennäköisyys eli kysymys, miten vahvalla todistusvoimalla todiste tukee teemaa. Yksin todistusvoima on siis suhteessa teeman todennäköisyyteen, eivätkä muut kredentiaalit välttämättä ”siirry” kyseisen todistus- tai aputositseikan tasolta sellaisina eteenpäin saman todistuskeinon muihin teemoihin. Voi olla suoranainen virhe, jos todistajan teemasta x kertoman hienoinen epäuskottavuus ilman muuta siirretään hänen teemasta y kertomaansa; y :n kohdalta uskottavuutta on aiheellista tarkastella erikseen. Toisaalta aina on tilanteita, joissa todistajan uskottavuus ei yleisestikään ansaitse korkeata arvosanaa.

Todisteen tai näytön *sisältö* voidaan jakaa kahteen pääkomponenttiin. Ensimmäkin sisältöön kuuluu se tekninen osa, joka tarkoittaa kyseistä näyttöä dokumenttina, teknisenä tallenteena, esimerkiksi nauhalle otettuna tai kirjoitettuna kertomuksena. Tämä vastannee suunnilleen samaa kuin yleiskielen sana sisältö. Ehkä voidaan puhua myös todisteen *asiasisällöstä*. Se voi olla esimerkiksi, että todistaja on kertonut seikkojen a , b ja c olevan olemassa. Tekninen sisältö ei aiheuttane ongelmia: sen varalta, että siitä jää kertomusta kuultaessa epäselvyyttä, tuomioistuimen ja asianosaisten on huolehdittava siitä, että sisältö tulee tallennetuksi oikein eli todistajan tarkoittamassa muodossa. Virhelähde tässä suhteessa voi olla esimerkiksi se, että todistaja, joka kertoo seikasta x , harhautuu jonkin ulkoisen ärsykkeen – vaikkapa avustajan ”varomattoman” kysymyksen – vuoksi kertomaankin seikasta y ilman, että tuomioistuin havaitsee kerronnan objektin vaihtumista ja käsittelee kertomusta edelleen seikkaa x koskevana. Jos siirtymä havaitaan, tuomioistuimen on tartuttava siihen, ellei valpas vastapuoli sitä tee; joka tapauksessa tarkoitettu sisältö on pyrittävä varmistamaan, mikä aina on myös tuomioistuimen omassa intressissä. Aina ei ääninauhakaan paljasta kaikkea; tällöin tekninen sisältö on aidosti epäselvä ja voidaan perustellusti riitauttaa. Ongelmatilanteissa ei ehkä auta muu kuin ottaa todistelu vastaan uudelleen eli toimittaa muutoksenhakuvaiheessakin pääkäsittely, jos kysymys on kontekstille merkityksellisestä seikasta.⁸¹⁸

818 Tilanne, jossa asianosainen haluaa muutoksenhaun pääkäsittelyssä kuunnella alioikeuden tallenteen jonkun todistajan osalta (”mitä todistaja *todella* sanoi”), on harvinainen, mutta ei ennennäkemätön. Yleensä todistajan uudelleen kuulusteleminen muutoksenhaussa riittää, mutta tilanne voi olla toinen, jos todistaja ei esimerkiksi sairauden vuoksi enää pysty muistamaan teemaan liittyviä asioita.

Toinen sisällön pääkomponenteista on vaikeammin määriteltävissä. Siihen voidaan lukea kaikki se ”apudata”, joka sisältyy todisteen aineelliseen sisältöön, mutta liittyy asiallisesti joko todisteen luotettavuuteen tai merkitsevyyteen. Se sisältää ”aputositseikkoja”, ei aina kuitenkaan sanan oppikirjanomaisessa merkityksessä. Tähän komponenttiin kuuluvat joka tapauksessa varsinaiset aputositseikat, joista käy ilmi, mihin todistajan kertomus perustuu: onko kysymys omista silminnäkijähavainnoista ja minkälaisissa olosuhteissa tämä on ne tehnyt, tai onko kysymys todistajan muualta kuulemasta ja keneltä. Voi käydä ilmi, että kysymys on vain todistajan omista päättelyistä, joita tämä tarjoaa, ristiriitaa ehkä itse huomaamatta, solideina faktoina. Tuomioistuimenkin intressissä on näiden seikkojen kysyminen ja selvittäminen.

Jossain määrin edellisen kredentiaaliperheen ulkojäseniksi voidaan lukea kaksi muuta tuomioistuinnäytön yhteydessä ilmenevää ominaisuutta, näytön robustius eli horjumattomuus ja näytön paino (weight), ellei niitä pidetä suorastaan samana asiana. Ne eivät ole yleensä yksittäisen todisteen ”hyvyysker-toimia” vaan kohdistuvat koko kulloiseenkin todistelutilanteeseen. Niissä on siis holistinen piirre, mutta rajanveto voi joskus olla turhaa teoretisointia. Luen nämä ulkojäseniksi kuitenkin myös siitä syystä, että oikeuskirjallisuudessa niitä ei aina lueta todistusharkinnan piiriin, vaan niitä saatetaan pitää erikseen arvioitavina. Niinkin ymmärrettyinä ne voivat vähintäänkin vaikuttaa todistusharkinnan suorittamiseen tai lopputulokseen. Jos näyttö kokonaisuutena on robustia, lopputulokseen vaikuttavaa uutta näyttöä ei ole enää saatavissa. Tällöin myös näytön paino on suuri.

Kumpikaan ominaisuus ei sellaisenaan lisää tai vähennä tietyn teeman todennäköisyyttä, mutta niiden vaikutus suuntautuu kyllä jutun tai yksittäisen teeman todistelutilanteeseen: ne vaikuttavat siihen *varmuus- tai luotettavuusasteeseen*, joka näyttötuomarin jutun tai yksittäisen teeman tasolla tekemällä johtopäätöksellä on: miten lujalla näytöllä se lepää. Kun ne vaikuttavat johtopäätöksen luotettavuuteen, ne voinee ainakin jossain mielessä rinnastaa frekvenssikokeen toistojen määrään: mitä suurempaan toistojen määrään perustuvaan aineistoon toistettu koe perustuu, sitä vakaampi tai painavampi lopputulos on.

Molemmat käsitteet ovat todistusoikeuden pitkää historiaa ajatellen nuoria: robustiudesta on laajemmalti puhuttu 1900-luvun jälkimmäiseltä puoliskolta alkaen, ja painon käsite perustuu Keynesin 1920-luvulla kehittelemään oppiin. Paino tässä merkityksessä on eri asia kuin aikaisemmin mainittu näytön todistusvoima, jota usein nimitetään myös painoarvoksi. Oikeuskäytännön kannalta robustiudella ja painolla ei välttämättä ole aina suurta konkreettista merkitystä, mutta teoreettiselta kannalta ne ovat (sananomukaisestikin) relevantteja. Nämä näytön ominaisuudet kulkevat monissa suhteissa vähintäänkin ”käsi kädessä”. Käsittelen niitä jakson loppupuolella laajemmin.

6.9.2 Strandbergin ”todennäköisyyslausuman ulottuvuudet” tiedon kredentiaaleina

Edellä hahmoteltu ja käyttöön omaksuttu todistuksellisen tiedon kredentiaalien jakotapa ei luonnollisesti ole ainoa mahdollinen lähestymistapa evidentialiseen tietoon. Strandberg ei puhu kredentiaaleista, vaan ”todennäköisyyslausuman ulottuvuuksista” (*”dimensioner i et sannsynlighetsutsagn”*). Hänen jaottelunsa ja analyysinsä eivät mene niin sanotusti ”yksi yhteen” edellä hahmotellun jaottelun kanssa, mutta käsittääkseni niissä on kysymys pohjimmiltaan suunnilleen samoista asioista, vaikka painotus voi olla erilainen. Joka tapauksessa Strandberg nimittää kaikkia, seuraavassa lyhyesti esiintuotavia termejä mahdollisiksi todistelutilanteen (se on: esitetyn todistusaineiston aktuaalisen tilan) käsitteiksi koskien todistelutilanteen hyvyyttä ja tämän hyvyyden asteittamista. Kaikki kuvaavat todistelutilanteen hyvyyttä *riippumatta siitä, mihin suuntaan todisteet viittaavat*. Kaikki hänen käsitteensä ylittävät todennäköisyys-käsitteen rajat siinä mielessä, että ne koskevat todistuslausuman sellaista ulottuvuutta, jota ei saada sisältymään perinteiseen todennäköisyyskäsitteeseen. Kukin antaa erilaisen mitan arvioida todistelutilanteen hyvyyttä. Ne ovat erilaisia ”painon” *aspekteja*.⁸¹⁹

Strandberg jakaa todennäköisyyslausuman ulottuvuudet kahteen pääryhmään, todennäköisyysdimensioon ja informaatioidimensioon. Jälkimmäiselle termille hän esittää kuvaavan synonyymien ”weight”, joka viittaa suoraan Keynesiin. Tämän ulottuvuuden hän jakaa kolmia: massiivisuuteen, täydellisyteen ja robustiuteen. Massiivisuus ja robustius jaetaan kumpikin vielä kahteen laatuun, abstraktiseen ja konkreettiseen. Erilaiset ”painon” aspektit ovat ilmauksia samasta perusajatuksesta: toinen todistelutilanne on parempi kuin toinen, ja hyvä todistelutilanne on tyypillisesti sekä massiivinen, täydellinen että kattava.⁸²⁰

Todistuslausuman massiivisuuden aste perustuu yksinomaan siihen, *miten hyvään informaatioon todennäköisyyslausuma faktisesti perustuu*. Massiivisuus riippuu pelkästään todisteesta itsestään, kun taas täydellisyys ja robustius ovat relatiivisempia suureita: ne eivät perustu pelkästään todisteisiin, joihin todennäköisyyslausuma faktisesti perustuu, vaan myös lausuman suhteeseen näyttöön, johon se ei perustu. Massiivisuudella ei ole ylärajaa eikä sen kohdalla voi puhua täydestä massiivisuudesta eikä prosenteista tai murtoluvuista. Massiivisuus voidaan kyllä operationalisoida konkreettiseksi massiivisuusvaatimukseksi,

819 Strandberg 2012, s. 534. Kursivoinnit Strandbergin. – Strandbergin näkökulma on hänen aiheensa mukaisesti näyttökynnyksen eli vaadittavan näytön näkökulma. Tämä ei kuitenkaan poista hänen analyysiltään painoarvoa myös todistusharkinnan kannalta tarkasteltuna. Kun hän pohtii esimerkiksi kulloisenkin käsitteensä operationaalistamista, kohteena on käsitteen tarkoittaman suureen suhde asteikkoon, ja tällöin esitystä voidaan tarkastella kuin todennäköisyysasteikkoa: sekä asetettavan tai asetetun vaatimuksen näkökulmasta että esitetyn todistelun – eli todistusharkinnan – näkökulmasta.

820 Strandberg 2012, s. 534.

kuten legaalisen todistusteorian vaatimus kahdesta todistajasta, tai negatiivisesti ilmaisten niin, että määrätty todistelu ei yksin riitä.⁸²¹

Viimeksi mainitut esimerkit viittaavat käsittääkseni siihen, että massiivisuudella Strandberg tarkoittaisi suunnilleen samaa kuin todisteen sisältö, tai ehkä myös tietyn todistuskeinon riittävyys – tarvitaanko esimerkiksi tukitodistelua. Strandberg nimittäin viittaa myös common law'n piirissä käytyyn keskusteluun puhtaan tilastonäytön riittävydestä – kysymys joka on erityisesti kiinnostanut bayesiaaneja.

Täydellisyyskin on episteeminen suure. Sen aste kuvaa suhdetta todennäköisyyslausuman perustana todellisuudessa olevan informaation ja sen informaation välillä, joka olisi lausuman pohjana, jos todistelutilanne olisi täydellinen. Strandberg erottelee useita täydellisyys-käsitteen vaihtoehtoja, joille on yhteistä, että ne tarkastelevat *esitettyä näyttöä kaiken mahdollisen näytön osana*. Väitettä koskeva lausuma täydellistyy sitä mukaa, kun se rakentuu yhä enemmän väitettä koskevalle informaatiolle; tämä vastaa Keynesin toista 'painon' määritelmää. Täydellisyysaste voidaan periaatteessa ilmoittaa murtolukuna (faktinen todistelutilanne / täydellinen todistelutilanne). Ongelma on siinä, että tuomari ei voi tuntea täydellistä tilannetta: hän tuntee vain esitetyn näytön eikä tiedä, mitä näyttöä oikeussalin ulkopuolella on tai on ollut, tai onko kaikki relevantti näyttö jo esitetty. Tämän ongelman Strandberg torjuu jo edellä esitetyllä tavalla⁸²² määrittelemällä, että *täydellinen todistelutilanne on kyseistä väitettä koskeva ideaalinen todistelutilanne*. Ideaalisuus ei kuitenkaan ole operationalisoitavissa, ja seuraava, viimeinen määritelmä täydelliselle todistelutilanteelle onkin, että *se on paras episteeminen asema, johon tuomari voidaan ajatella asetettavan, kun otetaan huomioon ne reunaehdot, joiden puitteissa tuomari toimii*.⁸²³

Robustius taas on näytön kattavuutta, vakautta, eli sen "haurauden" puutumista: esitetty näyttö on robustia, jos sen todennäköisyyden aste ei (enää) muutu uuden relevantin informaation johdosta, toisin sanoen lisäinformaatio ei enää järkytä sitä. Kuten Strandberg asian ilmaisee: *"Robusthet er fravær av skjørhet overfor ny relevant informasjon"*.⁸²⁴

Robustiutta käsittelen erikseen jäljempänä. Strandbergin määritelmä siitä ei eroa yleisestä pohjoismaisesta määrityksestä.⁸²⁵ Tässä yhteydessä hän käsittelee kuitenkin robustiuden yhteyttä todennäköisyysasteeseen ja katsoo, että robustiuden asteen yhdistäminen todennäköisyysasteen muutokseen ei ole aivan

821 Strandberg 2012, s. 535 – 537. Kursivointi Strandbergin.

822 Ks. edellä jakso "Strandbergin bevissituasjonit".

823 Strandberg 2012, s. 537 – 542. Kursivoinnit Strandbergin. Tässä kohden Strandberg tarkoittaa Keynesin "painolla" määritelmää "a balance, not between the favourable and unfavourable evidence, but between the absolute amounts of relevant knowledge and of relevant ignorance respectively"; ks. Strandberg 2012, s. 532.

824 Strandberg 2012, s. 542. Kursivointi Strandbergin.

825 Strandberg 2012, s. 545.

osuvaa. Jos lisänäyttöä esitetään ja robustius kasvaa, ei voida tietää, miten se muuttaa todennäköisyysastetta. Se antaa lisäksi mielikuvan, että robustiuden aste on yhtä kuin todennäköisyysaste, mikä ei pidä paikkaansa. Robustiuden käsitteelle on myös aivan olennaista, että *puuttuvalla näytöllä on tavallisesti kyky muuttaa todennäköisyysastetta* – juuri siksi se halutaan esittää oikeudelle. Robustiuden aste vaihtelee todisteiden *näyttöarvon* mukaan, sillä arvojen erilaisuus vaikuttaa niiden vaikuttavuuteen muiden todisteiden suhteen todennäköisyysarvioinnissa. Hauraus on suurempaa niihin todisteisiin nähden, joilla tavallisesti on suurempi todistusarvo kuin niihin todisteisiin, joilla on tavallisesti alhainen todistusarvo. Robustiuden aste liittyy sekä faktiseen todistelutilanteeseen kuuluvien todisteiden näyttöarvoon että puuttuvien todisteiden näyttöarvoon. Jos todistelutilanne on täydellinen, se on myös robusti.⁸²⁶

Strandberg huomauttaa, että robustiutta ja täydellisyyttä ei kuitenkaan voi täysin samaistaa. Robustiuden aste vaihtelee nimittäin myös sen mukaan, miten *edustava* faktinen todistelutilanne on. 'Edustavuus' tarkoittaa tällöin, että suotuisan ja epäsuotuisan näytön suhde faktisessa todistelutilanteessa on suunnilleen sama kuin täydellisessä todistelutilanteessa, siis että faktiseen todistelutilanteeseen perustuva x:n todennäköisyys on suunnilleen sama kuin x:n todennäköisyys olisi, jos se perustuisi täydelliseen todistelutilanteeseen. Ei-edustava todistelutilanne on hauraampi uuden informaation suhteen kuin edustava. Siten todistelutilanne, joka on *valikoivan todistelun* tulosta, on tavallisesti hauraampi kuin tilanne, joka on ei-valikoivan todistelun tulosta.

Tuomari ei voi tietää, onko todistelutilanne edustava, mutta hänellä voi olla indikaatioita siitä, että se on valikoivan todistelun tulosta.⁸²⁷

Strandberg määrittelee abstraktin robustiuden haurauden puuttumiseksi jonkin *täydellisen todistelutilanteen* suhteen, konkreettinen robustius taas on *haurauden puuttumista määrättyjen todisteiden suhteen, joita ei ole esitetty oikeudelle*.⁸²⁸

6.9.3 Todisteen sisällön relevanssista

Syyte, kanne ja vastaus koostuvat väitteistä eli propositioista koskien sitä, että niissä kuvatut seikat ovat tosia.⁸²⁹ Propositionot voivat taas olla merkityksellisiä tai merkityksettömiä, relevantteja tai ei-relevantteja *suhteessa* kanteen tai syytteen perusteisiin, jotka nekin ovat väitteitä, mutta luonteeltaan viimesijainen kokonaisuus. Tosiseikkaa koskeva väite on Ho:n mukaan relevantti, ”jos se kykenee

826 Strandberg 2012, s. 542 – 544. Kursivoinnit Strandbergin.

827 Strandberg 2012, s. 544 – 545. Kursivoinnit Strandbergin.

828 Strandberg 2012, s. 545. Kursivointi Strandbergin.

829 Ks. Lappalainen 2001, s.130; Lindell 1987, s. 172 – 174; Bolding 1951, s. 13 alaviite 3.

tukemaan tai heikentämään, suoraan tai yhdellä tai useammalla askeleella ja vaihtelevissa määrin, aineellista faktaa koskevassa riidassa tehtävää johtopäätöstä. Faktapropositio on vastaavasti irrelevantti, jos se ei kykene tukemaan tai heikentämään johtopäätöstä välittömästi tai välillisesti sellaisella voimakkuudella, että sitä ei voida sivuuttaa”.⁸³⁰

Kun kysymys on todistus- ja oikeustositseikkojen verkottumisesta, ensimmäisen (”alimman”) todisteen eli probansin tulee olla relevantti todistusteemalleen eli probandumilleen. Samoin tämän jälkimmäisen eli todistusteemana olevan seikan tulee olla relevantti seuraavalla portaalla olevan seikan todistamiselle: jos ketjussa ovat todistustositseikka 1 -> todistustositseikka 2 -> oikeustositseikka, todistustositseikka kakkosen tulee ykkösen teemana olla relevantti todistamaan oikeustositseikasta. Väitteen, jonka sisältönä on kakkosen paikkansapitävyys, täytyy olla relevantti oikeustositseikan todistamisen kannalta. Aputositseikkojen tulee olla relevantteja lähinnä omalle teemalleen, todistus- tai oikeustositseikalle, mutta niiden vaikutus voi tuon teeman kautta säteillä kauemmaksi.

Edellä alustavasti tiedon määriteltiin olevan relevantti, jos tiedolla on merkitystä ratkaistaessa, pitääkö se väittämä tai seikka eli siis todistusteema paikansa, jota sen avulla halutaan todistaa oikeaksi. Tällaista tietoa sisältävä todiste on relevantti todiste. Merkitys ilmenee siinä, että tiedolla on vaikutusta probandumin todennäköisyyteen, joko sitä lisäävästi tai sitä vähentävästi.⁸³¹

Tiedon relevanssi todistusoikeudellisesta näkökulmasta on määritelty ”auktoritatiivisesti” tarkemminkin. USA:n Federal Rules of Evidencen 401. sääntö, jota voinee pitää yleispätevänä määritelmänä, kuuluu näin:⁸³²

830 Ho 2008, s.11. ’Aineellinen fakta’ on oikeustositseikka. – Ho mainitsee esimerkiksi olevan relevanttia, että syytetyn sormenjäljet löydettiin varkauden tapahtumapaikalta (A), koska tästä voidaan tehdä vahva johtopäätös, että syytetty oli siellä (B). Jälkimmäisestä seuraava päätelmä (paljon heikompi kuin ensimmäinen ja sellainen, jonka tueksi pitäisi olla muita seikkoja) voisi olla, että hän on saattanut olla varas (C). Ho korostaa, että todellisuudessa tuomioistuimen harkinta ei suinkaan ole näin lineaarista ja yksiulotteista. – Ho:n määritelmäketjussa (toisin kuin hänen esimerkissään) on vain kaksi porrasta, kun se päättyy heti oikeustositseikkaan. Todellisuudessa porrasaskelmina olevia todistustositseikkoja voi olla useampia, ja jokaisen portaan tulee olla relevantti seuraavalle seikalle (ja luonnollisesti ketjun lopulta ”kruunaavalle” oikeustositseikalle). Mutta juuri tätä tarkoittakin ilmaisu ”yhdellä tai useammalla askeleella ja vaihtelevissa määrin, ”directly or in one or more steps and to varying degree”.

831 Slobogin 2007, s. 15 toteaa relevanssin olevan käsite, joka yhdistää sen seikan harkinnan, onko näyttö materiaalista riidan kohteena olevalle asialle, sen arvioimiseen, onko näyttö probatiivista sen vuoksi, että se todellisuudessa pyrkii näyttämään tuon seikan toteen.

832 Sääntöön liittyvissä huomautuksissa tuodaan esille muun ohella, että ilmaisun ”fact that is of consequence to the determination of the action” käyttämisen perusteena on väljästi käytetyn ja moniselitteisen sanan ”material” välttäminen. Lisäksi huomautetaan relevanssin voimakkuutta koskevasta ilmaisusta ”more ... probable than it would be without the evidence”, että tiukemman ilmaisun käyttäminen olisi epärealistista ja toimimattomaa. Toteennäytettävä seikka voi olla ”ultimate, intermediate, or evidentiary”. Tässä on esillä vallitseva faktojen porrastamisen ajatus. Meille ensi katsannolta vieraampi ajatus huomautuksissa on, ettei sen tosi-seikan, johon todistelu kohdistuu, tarvitse olla riitainen. Esimerkkinä mainitaan ymmärtämistä helpottavat tausta-aineistot, kuten kartat, valokuvat ja rikoksessa käytetyt aseet. Meilläkin käytäntö on samoilla linjoilla huolimatta dispositiivisia riita-asioita koskevan OK 17:5.2:n (1948 OK 17:3) hiukan kategorisesta sanonnasta. Oikeastaan kysymys ei ehkä ole todistelusta, ja niinpä tällainen aineisto usein merkitäänkin ”muuksi oikeudenkäyntiaineistoksi”, ei todisteeksi. Tästä aiheesta ks. Gentile 2017 – 18, s. 582 – 588. – Holdgroft 1983, s. 136 – 139 tiivistää J. Stepheniltä siteeraamansa (ilmeisen perinteellisen) relevanssin idean siten, että Q on

“Relevant evidence’ means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.”

Käytännön kannalta *todiste*en relevanssi voidaan jakaa abstraktiseen ja konkreettiseen relevanssiin. Edellinen tarkoittaa sitä merkityksellisyyttä, joka todisteella lähtökohtaisesti laatunsa perusteella on: silminnäkijätodistajan kertomusta voidaan pitää lähtökohtaisesti hyvin relevanttina. Konkreettisesti relevantiksi todiste muuttuu, jos muuttuu, arvioinnissa eli sen jälkeen, kun se esitetään oikeudelle. Silminnäkijäkertomuksen konkreettinen relevanssi teeman paikkansapitävyydelle voi olla mitätön, jos todistaja osoittautuu täysin epäuskoittavaksi.⁸³³ Toisin sanoen uskottavuus ja luotettavuus vaikuttavat todisteiden konkreettiseen relevanssiin.

Relevanssissa on kysymys kahden seikan suhteesta. Kun puhutaan siitä, riittääkö todiste näyttämään teeman riittävällä todennäköisyydellä paikkansapitäväksi, tuohon todennäköisyyden käsitteeseen on jo sisällytetty todisteiden sisälön relevanssi: seikan paikkansapitävyyden todistetuksi katsominen edellyttää, että sitä todistava näyttö on tuon teeman kannalta ensin relevanttia. Tämä käy selvemmin ilmi, jos määrittämisessä painotetaan sanaa se: ”pitääkö se seikka eli teema paikkansa”. Relevanssi on kuitenkin itsenäänkin kvantitatiivinen suure: relevanssin määrää voidaan arvioida todennäköisyyden määrän kysymyksellä.⁸³⁴ Käytännössä relevanssin olemassaolo tai puuttuminen on useimmiten riittävän ilmeistä muutenkin. Toisaalta tiedon todennäköisyys vaikuttaa sen konkreettiseen relevanssiin.

Todisteiden relevanssi tulee oikeudenkäynnin dynamiikassa siis esille kahdessa kohdassa: abstraktisena todistetta tarjottaessa ja konkreettisena todistetta esitettäessä ja todistusharkinnassa arvioitaessa. Molemmilla kerroilla tulikokeessa on todisteiden näyttöarvo sille annettuun teemaan nähden. Ensimmäisessä vaiheessa todiste ”reputtaa” ja sen esittäminen torjutaan, jos pannaan merkille,

relevantti P:lle, jos P:n todennäköisyys, kun Q on annettu, on joko suurempi tai pienempi kuin P:n, eli Q:n lisäämisen näyttöön tulee vaikuttaa P:n todennäköisyyteen lisäävästi tai vähentävästi. Hän ehdottaa s. 137 siihen kuitenkin muutosta, jota taas Zuckerman 1983, s. 148 ei pidä oikeana. Jätän tämän debatin sikseen, koska siinä näyttäisi olevan kysymys lähinnä apotosiseikan (todistajan humalatilasta) merkityksestä uskottavuudelle ja puhtaasti relevanssin kannalta katsoen ehkä abstraktisesti relevantin todisteiden osoittautumisesta konkreettisesti vähän tai ei lainkaan relevantiksi juuri kompromenttoivan apotosiseikan vuoksi. Kysymys sivuaa myös sitä robustisuuden ongelmaa, josta Strandberg ja Jerkø ovat jäljempänä robustiutta koskevassa jaksossa 6.10.1 selostetuilla tavoin eri mieltä: ovelta ovelle kuultuja, mutta ei-mitään-nähtäviä potentiaalisia todistajia.

833 Oikeuskirjallisuudesta en ole löytänyt tätä jakoa tehdyn. Käytännössä se on kuitenkin merkityksellinen. On luonnollista, että riitajutussa teemasta näyttövelvollinen pyrkii saamaan paikalle ne, jotka siitä parhaiten tietävät, ja silminnäkijä on ainakin prima facie ajatellen paras mahdollinen. Oikeuden kuulustelussa voi osoittautua sitten muuta. Rikosjutussa esitutkinta antaa osviittaa siitä, onko relevanssiin luottaminen, mutta tässäkin tuskin voidaan etukäteen tinkiä näytön kattavuudesta, jos silminnäkijänäyttöä on tarjolla. Oikeus tekee omat johtopäätöksensä.

834 So. miten todennäköisesti todiste on relevantti.

että sillä ei ylipäättään ole relevanssia eikä siis voi olla todistusarvoa, ja todistusharkinnassa taas konkreettinen todistusarvo punnitaan.

Abstraktisen relevanssin arviointi kohdistuu todisteen sisällön ja todistusteemana olevan väitteen sisällön suhteeseen: todiste on sitä relevantimpi, mitä paremmin se vastaa teeman sisältöä.⁸³⁵ Kysymys on toisaalta teeman sisällön ja toisaalta todisteen sisällön vastaavuuden eli sen arvioimisesta, missä määrin sisällöt menevät materiaalisesti päällekkäin.⁸³⁶ Konkreettinen relevanssi kertoo osaltaan, missä määrin todisteella on näyttöarvoa, todistusvoimaa teemalleen. Vastaavuuden arvioinnista on kysymys irrelevantin todistelun karsimisesta: luotettava ja paikkansapitävä todistajankertomus on irrelevantti, jos sisältö ei liity mitenkään teemaan. Jos relevanssista herää epäily, sitä joudutaan alustavasti arvioimaan ennen todisteen vastaanottamista. Tällöin voi olla ainakin lähtökohtana, että arvioinnissa ei vielä kiinnitetä niinkään huomiota todisteen uskottavuuteen. Silminnäkijän kertomus, jota on luonteensa vuoksi aiheutta etukäteen pitää relevanttina, voi kuultuna osoittautua epäuskottavaksi tai muusta syystä näyttöarvoltaan olemattomaksi.⁸³⁷ Epäuskottavalta vaikuttavaa, mutta selvästi ulkoisesti relevanttia todistetta ei ole aiheutta etukäteen torjua – esimerkiksi todistajan kertomusta läheisen suorittamasta kolmannen henkilön pahoinpitelystä.

Hyvän prosessin tavoite on karsia epärelevantit todisteet jo ennalta. Legaalinen relevanssin edellyttämisen ilmaus oli VOK 17:7, jonka mukaan sellaista näyttöä, jolla ei ole merkitystä asian ratkaisemiselle, ei saanut ottaa vastaan. Voimassa oleva OK 17:8 on monisyisempi, sillä vain sen 1 kohta koskee suoraan abstraktista relevanssia; tosin 4 kohta sivuaa myös sitä, vaikka siinä on lähtökohtaisesti kysymys ”olennaisesti” suuremmasta luotettavuudesta.⁸³⁸

Tieto voi olla relevantti (aineelliselle) todistusteemalle suoraan, jolloin voidaan puhua välittömästi relevantista todistelusta. Se voi kuitenkin olla sille relevantti myös epäsuorasti: se voi koskea todistajan tai muun jutussa tarjottavan

835 Lainpelto 2012, s. 137 – 138 lausuu, että samalla todistustositseikalla voi olla relevanssia koko todistusteemalle tai sen (yhdele tai useammalle) osateemalle, tai suoraan relevanssia yhdelle ja epäsuoraa toiselle osateemalle. Hän pitää niin sanottua strukturoivaa lähtökohtaa todistusharkinnassa tärkeänä, koska se voi auttaa tuomaria ratkaisemaan, mikä relevanssi yksittäisellä todisteella on todisterakenteessa. Relevanssin tunnistaminen on myös tärkeää yli- ja aliarvostuksen vaaran vuoksi.

836 Tästä näyttäisi olevan kysymys Sloboginin 2007, s 15 määritelmän ensimmäisessä vaiheessa, ts. siinä, koh-taavtko todisteen ja teeman aineelliset sisällöt ”aloittaa” toisensa.

837 Todisteella voi kuitenkin olla näyttöarvo vastapuolelle.

838 ”Tuomioistuimen on evättävä näyttö, joka: 1) koskee asiaan vaikuttamatonta seikkaa; 2) on muuten tarpeeton; 3) voidaan korvata olennaisesti vähemmällä kustannuksella tai vaivalla saatavissa olevalla todisteella; 4) voidaan korvata olennaisesti luotettavammalla todisteella; tai 5) on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää.” – Vuoden 1948 OK 17:7:n sanonta kohdisti torjunnan selväsanaisesti todisteen vastaanottamiseen. Nykyisen OK 17:8:n esitöistä käy ilmi, että tässä suhteessa ei ole tarkoitettu tehdä muutosta; epuulla tarkoitetaan todisteen torjumista Ks. esim. Todistelutoimikunta 69/2012, s. 82 – 83

näytön uskottavuutta, jolloin voidaan puhua epäsuorasti relevantista todistelusta.⁸³⁹ Todistusteemanakin voi olla todistajan uskottavuus.

Todistusteeman relevanssilla taas tarkoitetaan teemana olevan tosiseikan relevanssia verkossa tai portaissa seuraavalle teemalle.⁸⁴⁰ Teemalta eli tiedolta, jota todisteella halutaan näyttää toteen, edellytetään relevanttiutta epäilemättä useimmissa ellei kaikissa todistuslainsäädännöissä ja common law -käytännöissä. Sääntö on karkeasti hahmotellen samansisältöinen kuin OK 17:8:n 1 kohdan sääntö: vain relevanttiin teemaan kohdistuva todistelu on sallittua.⁸⁴¹ Tämä ei tarkoita, että pelkkä teeman suurikaan relevanssi olisi todisteelle aina riittävä ”kulkulupa” todistelumenettelyyn etenemiseksi.⁸⁴²

Paitsi relevanssin kautta, uskottavuus vaikuttaa myös suoraan todisteen näytötarvoon. Yleinen lähtökohta, että sen kartoitus, onko todisteella ylipäätään mitään relevanssia, tapahtuu ennen todisteen esittämistä ja siis ennen muiden kredentiaalien arviointia. Kuitenkin todistusharkinnassa, todisteen todistusarvoa määrittäessä, ensikokeen läpäissyt ja siis esitetyksi tullut todiste arvioidaan ensin uskottavuuden kannalta; uskottavuus on tällöin relevanssin edellytyksenä.⁸⁴³ Jos taas käy niin, että ensin relevantiksi arvioitu silminnäkijätodistaja ei lopulta osannut kertoa teemasta yhtään mitään, lienee akateeminen kysymys, kumpi todistusharkinnassa tutkitaan ensin, uskottavuus vai relevanssi – ellei sitten jo ”tietämättömyys” nouse relevantiksi.

839 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 62. Alaviitteessä 14 he varoittavat, että välittömästi ja välillisesti relevantin merkityksiä ei pitäisi sekoittaa välittömän ja välillisen todistelun legaaliseen merkitykseen.

840 Hiukan erilaisesta relevanssin käyttötilanteesta on kysymys silloin, kun tarkastellaan sitä, onko tosiseikalla välitön vaikutus vaadittuun oikeusseuraamukseen eli onko tosiseikka kyseisessä konstellatiossa todella oikeustositseikka vai ehkä todistusitseikka (tai sitäkään). Lähtökohtaisesti sen, mikä on oikeustositseikka, määrää tavoitellun oikeusseuraamuksen abstraktinen tunnusmerkistö, jonka kanssa yhtäpitäväksi jutun konkreettisen oikeustositseikasta eli ultima probanda tulisi voida muodostaa. Aina vertaaminen ei ole helpoa. Tästä oli kysymys ennakkopäätöksessä KKO 1999:63, jossa KKO katsoi, että perittävän motiivi, suositarkoitus, ei ollut välittömästi vaikutuksellisen tosiseikan asemassa perilliselle annetun lahjoituksen palauttamista vaadittaessa. Motiivi ei siis tuossa tilanteessa ollut relevantti vaaditun seuraamuksen kannalta. Tässäkään jutussa oikeustositseikan ja muun seikan erottelu ei tullut esiin todistusoikeudellisena, vaan väärtämistäakan objektina arvioituna. Ratkaisu on aiheuttanut runsaasti debattia.

841 Gentele 2018, JT 3/2017 – 18 s. 807 – 808 tuo esiin tilanteen, joka syntyy, kun todiste torjutaan epärelevantin teemansa vuoksi kokonaan, mutta sillä olisi voinut olla merkitystä jutussa muutoin. Samoin kuin Suomessa, Ruotsissa tuomioistuim voi ja sen tulee ottaa todistusharkinnassaan huomioon kaikki, mitä jutussa on tullut esiin (”esitetyt todisteet ja muut asian käsittelyssä esiin tulleet seikat”, OK 17:1.2; ”allt, som förekommit”, RB 35:1). Kuvatussa tilanteessa menetetään mahdollisuus saada tietoa muista mahdollisista teemoista. – Näin varmaan voi käydä, mutta Gentelen huomautus on ehkä pikemmin advokatorinen muistutus huolellisuuteen teemojen nimeämisessä kuin todellinen juridinen ongelma.

842 Niinpä USA:ssa edellytetään, että relevantin asiantuntijatodistelun täytyy auttaa factfinderiä ymmärtämään näyttöä tai ratkaisemaan tosiseikkakysymys (FRE 702, joka sisältää tämän lisäksi muitakin kvalifikaatioita) ja että relevantti, auttava todiste voidaan torjua, jos sen todistusvoima kumoutuu huomattavasti seuraavien vaarojen johdosta: epäoikeudenmukainen ennakoluulo, asioiden sekoittaminen, juryn harhaanjohtaminen, ajan tuhlaus tai tarpeettomien lisätodisteiden esittäminen (FRE 403). Ks. Slobogin 2007, s. 15, 29 – 32 ja 76.

843 Näin teoriassa: ks. esimerkiksi Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71: Päätelyketjun ”ensimmäinen lenkki on aina uskottavuuslenkki. Muut lenkit ovat sellaisia, jotka ovat välttämättömiä esittämään todisteen relevanssia [paenultimate probandumille]”. Tämä on ymmärrettävää analyysiä, mutta käytäntö ei ole aina yhtä hienojakoista.

Mikäli abstraktinen relevanssi ei ole ”ilmeinen”, kysymys sen olemassaolosta joudutaan käytännössä ratkaisemaan etukäteen. Tämä koskee kaikenlaisia edellä hahmoteltuja relevanssisuhteita. Kartoitustyö ja seulonta tapahtuvat jo prosessiin valmistauduttaessa syyttäjän ja asianajajan toimesta. TuomioistuINVALMISTELUN vaiheessa käytännössä harvoin puututaan tai otetaan edes esille verkostoon liittyvää relevanssia, ellei tarjotussa todistelussa sitten näy jo ”paljaalla silmällä” todistusteemoja, joiden yhteys seuraavan tason probandumiin näyttää hämärältä. Tehtävä tulee hankalammaksi, jos kysymys on korkealla abstraktiotasolla liikkuvasta, ennakoivasta päättelystä: mitä kauempana kyseinen propositio on ultima probandumista ja mitä enemmän siis välillä on verkon ”silmukoita”, sitä enemmän on myös arvionvaraisia ja usein vaikeasti arvioitavia muuttujia. Käytännössä on ainakin meillä tavallisempaa, että valmistelua suorittava tuomari puuttuu – jos puuttuu – asiaan ”mikrotasolla” eli yksittäisten tarjottavien todisteiden, kuten yksittäisen todistajan tai asiakirjan kohdalla. Käytäntö lienee varovainen, koska kysymys on ennakoinnista ja koska asianosainen, joka häviää asiansa, voi päätyä ajattelemaan, että häviäminen johtui tuon hänen mielestään tärkeän todisteen torjumisesta. Toisaalta suomalaisessa prosessissa tarjotaan joskus muutoksenhakuvaiheessa jo käräjäoikeudessa asiaan kuulumattomina torjuttuja todisteita. Joskus tämä tapahtuu ”muina miehinä”, jo kerran tapahtuneesta torjumisesta kertomatta; aina torjumisesta ei alemmassa instanssissa tehdä eri ratkaisua, ellei tarjoaja sellaista vaadi.

Uuden OK 17:8:n 4 kohta muodostaa näennäisen poikkeuksen siitä, että todisteen relevanssi kävisi luotettavuuden tutkimisen edellä ja ”voitaisi” sen. Kysymys ei ole kuitenkaan tästä, vaan tarjottu mutta nyt evättävä todiste säilyttää relevanssinsa, mutta prosessiekonomisesti on katsottu järkevämmäksi käskää sen syrjäytymään, jos käsillä on todiste, joka todella tiedetään olennaisesti luotettavammaksi. Menettely on ilmausta jo vanhastaan voimassa olleesta periaatteesta, että on käytettävä parhaita käytettävissä olevaa todistuskeinoa.⁸⁴⁴

Joitakin erikoisia tilanteita voi aiheutua siitä, että joko asianosaisen tai tuomioistuimen ennakkointi ei osu oikeaan. Asianosainen pyrkii luonnollisesti muotoilemaan teemat niin, että ne näyttävät olevan relevantteja. Joskus todistaja ei kerta kaikkiaan pysty kertomaan relevanttia tietoa: hänellä ei ehkä ole vastoin kutsujan käsitystä havaintoja asiasta, kaikki on ollut kuulopuhetta.⁸⁴⁵ Hävinnyt asianosainen ei voi joutua korvaamaan vastapuolelle sellaista, mikä ei aiheutunut

844 Periaatteesta Virolainen 1995, s. 242 – 243.

845 Syyt siihen, että todistaja ”ei muista” mitään, voivat olla hyvin erilaisia. Tavallisimpia käytännössä ovat pelko asianosaista, usein rikosjutun vastaajaa, kohtaan, tai halu suosia tai suojella asianosaista epämiellyttäviltä käänteiltä. Valaiseva esimerkki on todistaja, joka on ollut tapahtumapaikan ainoa silminnäkijä, mutta kertoo, ettei nähnyt mitään. Jos havainto-olosuhteet ovat olleet kunnossa eikä mitään järjellistä syytä moiseen näkemättömyyteen käy ilmi, todistaja saattaa viestittää hyödyllistä ja relevanttia tietoa asiassa, usein käytöksellään ja ”ruumiinkielellään”. Tieto voi liittyä teemaan, mutta se voi kertoa myös esimerkiksi vastaajan kertomuksen uskottavuudesta. Usein todistaja on myös muistanut esitutkinnassa paremmin.

häntä raskauttaneesta todistelusta. Mutta jos hovioikeudessa toimitetaan pääkäsittely, tällaista todistajaa ei tulisi sinne nimetä. Rajausta voi olla ongelmallista, jos asianosainen tiukasti haluaa kuulla todistajansa ja väittää, että käräjäoikeus on ymmärtänyt todistajan kertomuksen sisällön aivan väärin. Joka tapauksessa käräjäoikeuden olisi paikallaan noteerata hyödytönkin todistaja jollakin tavalla.

Todisteen antaman tiedon relevanssi on riippumaton siitä, lisääkö se teeman todennäköisyyttä vai vähentääkö sitä. Ei ole aivan harvinaista, että asianosaisen edukseen kutsuma todistaja kertookin, joskus suoraan pääkuulustelussa, seikkoja, jotka ovat kutsujalle epäedullisia ja vastapuolelle edullisia. Toisinaan todistaja osoittautuu vihamieliseksi kutsujalleen. Tiedot ovat silti relevantteja. On kiinni vastapuolen avustajan taidoista, pystyykö hän taitavalla kuulustelulla maksimoimaan oman päämiehensä hyödyn tällaisesta tilanteesta.

Todistaja saattaa myös kertoa epärelevantteja seikkoja omasta teemastaan T_1 , mutta relevantteja seikkoja teemasta T_5 , joka on jutussa sinänsä relevantti. Miten tuomioistuimen on suhtauduttava tällä tavalla saamaansa tietoon? Meillä sidonnaisuutta ilmoitettuihin teemoihin tulkitaan käytännössä liberaalisti. Varsinaista teemapreklusiota ei tunneta sen paremmin tuomioistuimen sisällä kuin eri asteiden välillä. Ei ole perustetta jättää tietoa teeman T_5 kohdalla hyödyntämättä.⁸⁴⁶

6.9.4 Uskottavuudesta

6.9.4.1 Johdantoa

Termit *luotettavuus* ja *uskottavuus* ovat monitahoisia käsitteitä. Kysymys on siitä, missä määrin voidaan *uskoa*, pitävätkö todisteen sisältöön kuuluvat seikat paikkansa. Jos E^* edustaa todistelua, joka ratkaisijalla on siitä, että tapahtuma E sattui, kysymys on siitä, missä määrin E^* oikeuttaa häntä *uskomaan* eli omaksumaan uskomuksen (*belief*) tai tekemään päätelmän, että tapahtuma E todella sattui.⁸⁴⁷ Kun väite E :n sattumisesta on todistusteema, kysymys on siitä, missä määrin ratkaisija on E^* :n perusteella oikeutettu uskomaan teeman olevan

846 Tämä perustuu jo siihen maksiimiin, että ratkaisun harkinnassa voidaan ottaa kaikki, mikä on tullut esiin oikeudenkäynnin aikana. Tätä koskevat rajoitukset eivät koske tilannetta, että teemasta on poikettu.

847 Anderson – Schum – Twining 2005 s. 63 ja 64. – Uskottavuudesta käytetään toisinaan termiä reliabiliteetti. Tämä termi viittaa kuitenkin enemmän tilastolliseen toistettavuuteen ja luotettavuuteen. Anderson – Schum – Twining huomauttavat s. 64 alaviitteessä 15 reliabiliteetin ja termin *credibility* eroa. Termillä reliabiliteetti on paljon rajoitetumpi merkitys kuin termillä uskottavuus. Jokin prosessi on reliaabeli siinä määrin kuin se on konsistentti, toistettavissa oleva tai luotettava. Niinpä henkilö voi uskoa autonsa olevan siinä määrin reliaabeli, että se tulee edelleenkin viemään hänet minne hän haluaa mennä jonakin tiettyä ajankohtana tulevaisuudessa. – Ks. myös termin reliability käytöstä merkityksessä validius tai paikkansapitävyys, täsmällisyys (accuracy) ratkaisussa *Daubert v Merrel Dow Pharmaceuticals* 1993 ja FRE 702 -säännössä: asiantuntijatodistelun tulee olla ”reliaabelien” periaatteiden ja metodien tulosta ja todistajan on tullut soveltaa periaatteita ja metodeita ”reliaabelisti” jutun tosiseikkoihin; ks. Slobogin 2007, s. 14 – 15.

tosi – mutta samalla kysymys on E*:n *luotettavuudesta*: missä määrin ratkaisija voi luottaa siihen, että todisteen sisältöön kuuluvat seikat pitävät paikkansa.⁸⁴⁸

Tiedon uskottavuuden keskeinen kriteeri on, missä määrin ratkaisijalla todistelun perusteella oleva todistusteemaa koskeva tieto oikeuttaa hänet omaksumaan uskomuksen tai tekemään päätelmän, että teema on tosi. Tiedon uskottavuus on aina harkinnanvarainen suure, myös siinä hypoteettisessa tilanteessa, että ratkaisija arvioi uskottavuuden olevan täydellinen.

Uskottavuus liittyy näyttöä vastaanotettaessa ja arvioitaessa ainakin neljään seikkaan: todistuskeinoon, todisteeseen ja todisteen näyttöarvon eli todistusvoiman arviointiin samoin kuin koko näytön yhteisen paikkansapitävyyden arviointiin – ja oikeastaan jälkimmäisten arviointien lopputuloksiin.⁸⁴⁹ Kaikki käyttöyhteydet vaikuttavat ja ovat vuorovaikutuksessa toisiinsa: lähtökohtana on todistuskeino, esimerkiksi henkilötodistaja, jonka uskottavuus luo pohjaa myöhemmille.⁸⁵⁰

Uskottavuus-termiä käytetään oikeudenkäymiskaaressa useassa erilaisessa tilanteessa: toisaalta entuudestaan portinvartijana hovioikeuden pääkäsittelyn toimittamisvelvollisuuden kriteerinä (OK 26:14 -15) ja jatkokäsittelyluvan eräänä (tosiasiallisena) kriteerinä (OK 25:11), ja toisaalta nyt myös riita-asian yleisenä näyttökynnyksenä (OK 17:2.2 – 4). Kahta ensin mainittua käyttötilannetta tarkastelen tarkemmin erikseen ”minitodistusharkintoja” koskevassa jaksossa. Niissä uskottavuus tarkoittaa suunnilleen samaa kuin esitetyn koko näytön riittävyys kriteeri arvioituna subjektiivisesti eli tarkasteltuna suoritettun todistusharkinnan jälkeen, sen lopputuloksena. Käyttötilanteissa ei ole suoranaisesti kysymys todisteen uskottavuudesta perinteisessä mielessä; pääkäsittelyn tarpeellisuutta harkitseva valmisteleva hovioikeuden jäsen ei mieti niinkään sitä atomistista kysymystä, mistä uskottavuus tai sen puute johtuu, vaan enemmänkin kokonaisuutta. Sen sijaan jutun todistusharkintaa suorittava näyttötuomari on tekemisissä sekä uskottavuuden perinteisen käytötavan että lopuksi kokonaisuuden arvioinnin kanssa: molemmissa tilanteissa kysymys on subjektiivisesta arvioinnista, mutta jos kollegiosta on kysymys, intersubjektiivisuus leimaa osaltaan arviointia.

Uudet käyttötilanteet näyttäisivät kyllä eroavan melkoisesti vanhemmasta. Jutun todistusharkintaa 2 §:n 2 momentissa tarkoitettussa tilanteessa suorittava

848 Termin luotettavuus vastineena englannissa lienee lähinnä *trustworthiness*. Sitä käytetään myös henkilön (yleisestä) luotettavuudesta.

849 Nylund 2006, s. 146 – 149 erottaa todistajankertomuksen kohdalla *tilltro*-termille kolme ulottuvuutta: kertomuksen paikkansapitävyys, todisteelle annettava todistusarvo ja lausumasta tehtävät johtopäätökset. Viimeksi mainitut eivät ole osa *tilltro*:ta, mutta ne ovat joka tapauksessa tärkeitä. Pettersson 2017, s. 19 – 21 erottaa termistä *trovärdighet* kolme dimensiot: havaintokykydimension (perception), muistamisdimension ja mieleenpalauttamisdimension.

850 Silti voi eteen tulla tilanteita, joissa todistaja käyttäytyy tavalla, jota voi pitää kaikkea muuta kuin luottamusta herättävänä. Syynä voi olla esimerkiksi vihamielisyys tai tilanteen luoma jännitys. Kertomuksen sisältö voi kuitenkin pitää täsmälleen paikkansa, ainakin muun näytön samansuuntaisuudesta päätellen.

näyttötuomari on lähellä ”ruohonjuuritasoa”: hän on nähnyt ja kuullut esitetyn näytön ja voinut heti tehdä alustavia havaintoja sekä kertojan että kertomuksen uskottavuuteen vaikuttavista seikoista. Hänellä on siten hyvä pohja niin atomistiselle kuin holistisellekin harkinnalleen. Pääkäsittelyvelvollisuutta tai jatkokäsittelylupaa harkitseva tuomari tai kokoonpano on vaikeammassa tilanteessa, koska materiaalina ovat vain asiakirjat ja niiden antama kuva sitä, mitä on kärjäoikeudessa sanottu ja tapahtunut. Kuvan onnistuminen riippuu paljolti siitä, miten hyvin edellinen aste on onnistunut käsityksensä välittämään. Esimerkiksi subjektiivisluontoisten seikkojen välittäminen paperin kautta ei ole helppoa.⁸⁵¹ Kertojan uskottavuuden arviointiin vaikuttavien tekijöiden pöytäkirjaaminen ei käytännössä lienekään ollut enää tapana, vaikka vuoden 1948 OK lähtikin siitä.⁸⁵² Kertomuksen analysointi on eri asia, mutta sitä voi olla vaikeaa tehdä kovinkaan syvällisesti kertomatta esimerkiksi perusteluja epäuskottavuudelle. Todistajankertomusten alkava videointi saattaa parantaa muutoksenhakuasteen lähtökohtia tältä osalta. Toisaalta voi käydä samoin kuin ääninauhoitteiden kohdalla: melkoisia toiveita asetettiin aikanaan kertomusten äänittämiseen ja niiden kuunteluun hovioikeudessa, mutta kuuntelu on jäänyt vähäiseksi.⁸⁵³

Uskottavuus-kriteeri omaksuttuna myös näytön riittävyys arvioimiseen voidaan kuitenkin nähdä jatkumona edeltäneessä lainsäädännössä käytetylle terminologialle. Merkitys on sama eli subjektiivisesti arvioitu riittävyys. Subjektiivisuus ei ole mitenkään korostettavan hyvä piirre kriteerissä, mutta se on kuitenkin realismia. Yhtä kaikki kriitikko voi sanoa, että sen korottaminen ratkaisevaan asemaan vie lähelle saksalaista tuomarin vakuuttuneisuutta subjektiivisena kokemuksena.

Lappalainen lähtee siitä, että todistelun relevanssi on ”uskottavuuden aktualisoitumisen yleinen edellytys”.⁸⁵⁴ Todennäköisyydestä hän toteaa, että uskottavuuspunninta on ”nimenomaan ’johtopäätösten’ tekoa: tuomari päättlee, kuinka suurella todennäköisyydellä suullinen kertomus osoittaa teemaväitteen olevan tosi.” Lappalainen määrittelee todisteen tai näytön uskottavuuden siksi, miten hyvin todiste todistaa esillä olevasta teemasta. Hän ei lähde itse todisteen sisällöstä, vaan todistusteemasta:

”Uskottavuudessa on kysymys siitä, mikä on todisteen (= nyt suullisen todistelukertomuksen) *näyttöarvo* todistusteemasta. Ja *todisteen näyttöarvo todistusteemasta*

851 Vaikeuteen viittaa Heinonen 1980, s. 336.

852 Vanhan OK 17:28.1:n mukaan ”kysyköön oikeuden puheenjohtaja todistajalta ...sellaista, mikä voi vaikuttaa todistajan uskottavuuteen.”

853 Kuuntelua on tapahtunut lähinnä silloin, kun riitajutun pääkäsittelyssä on väitetty esimerkiksi todistajan kertoneen kärjäoikeudessa päinvastaista kuin hovioikeudessa. Tällöinkin kuuntelu ei ole tapahtunut in camera, vaan avoimessa istunnossa. Kuuntelu on ollut tavallaan ”esitutkinnan korvike”.

854 Lappalainen 1999, s. 186.

on eri asia kuin itse todisteen sisältö.”⁸⁵⁵ ”Uskottavuuden ulkopuolelle” hän toteaa jääviksi ”jatkopäätelmät, joissa lähdetään liikkeelle todistusharkinnassa saavutetulta selvitetyltä pohjalta eikä aseteta enää todistusharkintapäätelyä kyseenalaiseksi.”⁸⁵⁶

Virolainen katsoo, että paitsi että todistelun uskottavuudesta on kysymys ”niissä päätelyissä, joita tuomioistuin joutuu suullisen kertomuksen näyttöarvon määrittelemiseksi usein tekemään”, myös näytön riittävyyden eli näyttökynnyksen ylittymisen arvioiminen riippuu OK 26:15.1:ssa tarkoitetulla tavalla suullisen todistelun uskottavuudesta, jos todistusaineisto perustuu ratkaisevasti henkilötodisteluun.⁸⁵⁷

Edellä olevissa määrittelyissä näkyy piirre, jota pidän itse suomalaisen järjestelmän erityisyytenä. Uskottavuutta ei määritellä lähtien todistuskeinon ominaisuudesta (esimerkiksi kuultavan henkilön uskottavuus) vaan ulkokohtaisemmin. Lappalainen samaistaa uskottavuuden vieläpä todistusvoimaan, näyttöarvoon, vaikka hän toisaalta nimenomaisesti katsoo, että kysymys ei ole todisteen sisällöstä. Tämä määrittelytapa pohjautuu samaan ajatteluun, johon Virolainen viittaa ja joka oman tulkintani mukaan on myös Lappalaisen ajattelun taustalla. 1990-luvun hovioikeusuudistuksissa termi omaksuttiin hovioikeuden pääkäsittelyn toimittamisen erääksi kriteeriksi. Tässä tilanteessa uskottavuudelle tuli sisällöksi juuri se, mikä mainituissa määrittelyissä on omaperäistä: näyttöarvo teemasta ja lisäksi näytön riittävyyden mittari. Nämä ovat ulkoa päin määriteltäviä ja ominaisuuksia, eivät todistuskeinon ”luonteenpiirteitä”, ja niiden kriteerit määräytyvät muualta kuin todisteesta itsestään käsin. Tätä voisi kuvata kärjistetyllä paradoksilla: ei ole estettä sille, että todistaja, jonka käyttäytyminen ja esitystapa tekee täysin epäuskottavan vaikutuksen, voi antaa täysin riittävän, ”uskottavan”, kertomuksen edellä mainitussa ulkokohtaisessa mielessä. Tältä pohjalta määritelmät ovat johdonmukaisia, ja tätä uskottavuuden merkitystä noudattavat uusimmatkin ”porttitilanteita” koskevat lainsäädännökset OK:ssa. Uskottavuutta hovioikeuden pääkäsittelyn määrittämisessä ja jatkokäsittelyluparatkaisun faktisena edellytyksenä käsittelen erikseen mini-todistusharkinnaksi nimeämässäni jaksossa.

Edes suomalainen lainsäätäjä ei kuitenkaan pysty kumoamaan uskomiseen liittyvää universaaliala terminologiaa.

Jäljempänä näkökulmani on etupäässä perinteinen näyttötuomarin näkökulma: missä määrin *hän* on oikeutettu uskomaan eli pitämään totena todisteen sisältämää tietoa. Todisteen sisältämän tiedon luotettavuuden arviointi sisältyy

⁸⁵⁵ Lappalainen 1999, s. 188 – 189.

⁸⁵⁶ Lappalainen 1999, s. 189. Kursivointi Lappalaisen. Näitä jatkopäätelmiä voivat hänen mukaansa olla oikeudelliset arviot todistelun lopputuloksesta ja ”todistusharkintaa koskevia jatkopäätelmiä luotettavasti selvitetyn välillisen todistusteeman pohjalta”.

⁸⁵⁷ Virolainen 2000, s. 258 – 259.

uskottavuuden arviointiin, ja lähtökohta on, että luotettavaksi arvioitu tieto on myös uskottava tieto.

Käsittelen todisteesta saatavan tiedon uskottavuuteen vaikuttavia seikkoja käyttäen kolmijakoa asiakirjatodistelu, henkilötodistelu ja muu todistelu. Muuhun todisteluun kuuluvat esimerkiksi katselmus ja esineiden ja henkilöiden, esimerkiksi heidän vammojensa tai niiden jälkien, välitön havainnointi.⁸⁵⁸ Anderson – Schum – Twining käyttävät jakoa käsin kosketeltavissa oleviin, konkreettisiin (tangible) todisteisiin, kuten asiakirjat ja esineet, ja henkilötodisteluun. Jako on sikäli järkevä, että ensimmäiseen kategoriaan mahtuvat luontevasti asiakirjojen lisäksi esimerkiksi väärennetyt rahat, verinäytteet, henkilöltä löydetty huumausaineet ja muut vastaavat. Uskottavuuteen liittyy enemmän kuin yksi ulottuvuus tai attribuutti riippumatta siitä, minkälaisesta todistelusta on kysymys. Uskottavuuden spesifiset attributit riippuvat siitä, minkälaiseen näyttöön perustuvasta tiedosta on kysymys: henkilötodistelun uskottavuuden attributit ovat erilaiset kuin asiakirjatodistelun – tai ”kosketeltavan” todistelun – uskottavuuden attributit.⁸⁵⁹

Uskottavuuden arvioinnille on erityisen luonteenomaista, että sitä tai sen puutetta indikoivien seikkojen, lähinnä aputosiseikkojen aihoiden, havainnointi ja arviointi alkavat jo todistetta vastaanotettaessa eli todistusmenettely ja -harkinta menevät osittain päällekkäin. Tämä on luonteenomaista henkilötodistelulle, jossa todistajan käyttäytymisestä, ruumiinkielestä ja kertomuksen esittämistavasta tehdään havaintoja.⁸⁶⁰ Toisaalta arvioinnin alkaminen todistetta vastaanotettaessa koskee kyllä kaikkea todistelua. Arviointia voi tapahtua yhtä hyvin esimerkiksi asiakirjatodistetta tarkasteltaessa – vallankin jos jo todistusteemana on, että asiakirja on väärennetty: teemasta tietoinen arvioitsija osaa hakea ja panna merkille piirteitä, jotka lisäävät tai vähentävät väitteen uskottavuutta, ja ”nopean ajattelun” päättelyä voi tapahtua jo tällöin. Hitaamman harkinnan aika on myöhemmin.

858 Havaintoni mukaan tämä kolmijako on aika tavalla vakiintunut meillä esimerkiksi pääkäsittelyjen pöytäkirjoissa niin käräjä- kuin hovioikeudessaakin. OK 22:5:n 3 kohdan mukaan (käräjäoikeuden) pääkäsittelyn pöytäkirjaan on merkittävä ”todistajat, asiantuntijat ja muut asiassa kuullut henkilöt sekä esitetyt muut todisteet”. HO:n pääkäsittelyä koskee vastavanlainen säännös OK 26:27.1:ssä.

859 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 64.

860 Vrt. toisaalta Tirkkonen 1972, s. 120 ja Klami 1991, s. 297. Edellinen katsoo, että vapaan todistusharkinnan vallitessa tuomioistuimen vapaus käsittää myös päätelmien tekemisen syytetyn käyttäytymisestä; jälkimmäinen taas katsoo, että hänen käsityksensä mukaan ”ei näin pitkälle voida mennä. Emme tiedä tarpeeksi paljon syistä siihen, että rikoksista syytetty henkilöt käyttäytyvät tietyllä tavalla, jotta voisimme tästä vetää johtopäätöksiä itse syyllisyyskysymykseen nähden.” – Tirkkonen käsittelee vuoden 1948 lain ”niskoittelupykälää” OK 17:5:ää, jonka on korvannut nykyinen OK 17:6. Sen toiseen momenttiin on kirjattu lisäehtona, että syytetyn 1 momentissa kuvattu menettely saadaan ottaa huomioon hänen vahingokseen vain siinä määrin kuin se ei loukkaa hänen oikeuttaan olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen.

6.9.4.2 Asiakirjatodistelun uskottavuudesta

Kuten Anderson – Schum – Twining sattuvasti toteavat, (konkreettinen) todistelu ei ole aina sitä miltä se näyttää. Näyttötuomari joutuu arvioimaan tarvittaessa asiantuntijan avulla, mitä asioita esillä olevasta todistelusta käy ilmi.⁸⁶¹ Asiakirjoja ja rahaa voidaan väärentää, kuvia nimetä väärin, verinäytteitä sekoittaa ja huumausaineita piilottaa ihmisten vaatteisiin. Kirjoittajat määrittelevät asiakirja- ja muun esinetodistelun uskottavuudelle kolme attribuuttia, jotka on otettava huomioon arvioitaessa sen uskottavuutta. Nämä ovat autenttisuus, tarkkuus/täsmällisyys (accuracy/sensitivity) ja – lähinnä muun todistelun kohdalla – reliabiliteetti.⁸⁶²

Asiakirjan tai muun konkreettisen todisteen autenttisuus eli aitous on niin asiakirjatodistelun kuin muunkin esinetodistelun uskottavuuden keskeinen elementti. Mikäli aitous kiistetään, asiakirjan todisteeksi nimenneen asianosaisten on lähtökohtaisesti esitettävä riittävä näyttö sen aitoudesta.⁸⁶³ Käytäntö ei ole näin kategorinen, vaan riippuu asiakirjan laadusta ja tilanteesta, voidaanko asiakirja presumoida aidoksi ja onko aitouden kiistäjän siis horjutettava oletamaa esittämällä näyttöä kiistämisen tueksi. Valtaosassa viranomaisasiakirjoja kysymystä aitoudesta ei synny lainkaan, vaan päinvastoin asiakirjan sisältämät tiedot voidaan todeta riidattomiksi asianosaisten välillä. Kriittisempiä ovat oikeudenkäynnin kohteena olevat tai niihin kiinteästi liittyvät, useimmiten yksityisen henkilön tahdonilmaisun sisältävät asiakirjat, kuten sopimukset, testamentit ja luovutuskirjat, jolloin asiakirjan antajan allekirjoituksen aitous voidaan kiistää.⁸⁶⁴

Oskar Gentele on käsitellyt asiakirjan aitoutta ja sen oikeaksi todistamisen kysymyksiä Ruotsin oikeuden osalta.⁸⁶⁵ Hän toteaa, että nykyisin hyvin harvoin asiakirja

⁸⁶¹ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 64 alaviite 16: Esimerkiksi ballistiikan asiantuntija voi tuoda esiin käsityksensä, jolla hän identifioi asean, jolla luoti oli ammuttu, ja selittää, miten luodissa olevat jäljet tekivät hänelle mahdolliseksi päästä tähän näkemykseen. Asiantuntijat voivat olla väärässä tulkinnessaan siitä, mitä tapahtumia kosketeltava todistelu paljastaa. Juuri luoti on kosketeltava todiste, asiantuntijan mielipide tulee henkilötodistelun väitteiden muodossa, joiden uskottavuutta voidaan vain arvioida viittaamalla henkilötodistelun todistelun uskottavuuden attribuutteihin. Ks. mainitussa teoksessa jäljempänä s. 65 – 67. Ks. myös Sunde 2020, s. 22 – 23.

⁸⁶² Anderson – Schum – Twining 2005, s. 64 – 65.

⁸⁶³ Sääntö on epäilemättä yleismaailmallinen ja käy ilmi esimerkiksi FRE 901 säännöstä (a): ”To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.” Sääntöön liittyy lukuisia esimerkkejä aitouden todistamisen tavoista eri tilanteissa.

⁸⁶⁴ Tosin tavallisempaa on kiistää testamentintekijän tai lahjakirjan antajan oikeustoimikelpoisuus lahjoitushetkellä. Tällöin ei ole kysymys asiakirjan aitoudesta eikä siis *sen* tiedon uskottavuudesta, että kyseinen henkilö on todella tuon asiakirjan antanut.

⁸⁶⁵ Gentele 2017 – 18a s. 802 – 804. RB 38.1.1:n mukaan ”Skriftlig handling, som åberopas till bevis, bör företes i huvudskrift. Sådän handling må företes i styrkt avskrift, om det finnes tillfyllest eller huvudskriften ej är att tillgå.”

annetaan alkuperäisenä ja että on myös hyvin epätavallista, että jos se annetaan kopiona, tämä olisi todistettu oikeaksi (verrattu ”vidi”-merkinnöin).⁸⁶⁶ Hän ei tuntenut tapauksia, joissa tuomioistuin tai vastapuoli olisi vaatinut asiakirjan torjumista todisteena sillä perusteella, että se ei ole alkuperäinen tai oikeaksi todistettu; sikäli kuin lainsäätäjällä on tarkoittanut todistamattoman kopion torjumista, sitä ei enää sovelleta. Sen sijaan todistamattomuus voi vaikuttaa todistusharkintaan; Gentele mainitsee erään Ruotsin työtuomioistuimen ratkaisun, jossa tuomioistuin piti kyseenalaisena, voitiinko asiakirjasta varmuudella päätellä, että siinä lähetetyksi ja myös vastaanottajalle toimitetuksi ilmoitettu sähköposti oli toimitettu vastaanottajalle.⁸⁶⁷

Oman ryhmän uskottavuusproblematiikassa muodostavat nykyään tilanteet, joissa kuvallista (tai äänellistä) esitystä on tietoisesti muokattu tai editoitu ja tämä editointi jätetään kertomatta tai siitä ei ehkä edes tiedetä, kun tallenne nimetään todisteeksi. Lienee notorista, että nykypäivän tietotekniikka tarjoaa mahdollisuuksia kuvien ja tallenteiden muokkaamiseen. Tilanteet lienevät kuitenkin ainakin meillä harvinaisia. Jos valokuvia on esiteltävä vaiheessa jollakin tavalla käsitelty, tämä tuodaan käytännössä esille poliisin asiakirjalle tekemällä huomautuksella.

Asiakirjan ei tarvitse olla tarkoituksellisesti väärennetty ollakseen epäautenttinen. Todisteen tallentamisessa, välittämisessä tai muokkaamisessa on voinut tapahtua erehdyksiä, ja mahdollisuus kasvaa sitä mukaa, mitä useamman käden kautta asiakirja on kulkenut. Verinäytteisiin voidaan kiinnittää väärä lappu tai ne voivat vaihtua.⁸⁶⁸ Myös todistaja, jonka kertomusta käytetään todisteen aitouden todistamiseksi, voi erehtyä tai puhua valhetta.⁸⁶⁹

866 Gentele 2017 – 18a, s. 805 – 806. Hän huomauttaa alaviitteessä 16 eräästä poikkeuksesta yksipuolisen tuomion hakemisen kohdalla – silloinkin normaalisti asiamies itse vahvistaa asiakirjan oikeaksi (mikä ei hänen mukaansa täyttäne lainsäätäjän asettamaa vaatimusta). Vrt. OK 5:4, joka koskee sitoumusasiakirjan liittämistä saman luvun 2 §:ssä tarkoitettuun (ei-summaarisen jutun) haastehakemukseen, ja 5:10.1 momentin 5 kohta, jonka mukaan vastaajaa kehoitetaan liittämään vastaukseen muun ohella asiakirja, johon kanteen vastustaminen perustuu, alkuperäisenä tai jäljennöksenä.

867 Gentele 2017 – 18a, s. 806. Hän toteaa todistusharkintaan kohdistuvan (näyttöarvoa alentavan) vaikutuksen olevan sopusoinnussa vapaan todistusharkinnan kanssa. Tällä vältetään ensinnäkin se, että vahvistamiskysymyksestä ei tule kaksinkertainen: sen sijaan, että erityisesti arvioitaisiin, onko asiakirja todistettu mahdollisesti oikealla tavalla vai ei, pätevyys voi olla osa vapaata todistusharkintaa. Lisäksi vältetään kysymys, miten digitaalisesti syntynyt asiakirja, jolla ei ole tavanomaisessa merkityksessä alkuperäistä, tulisi vahvistaa oikeaksi.

868 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 64 – 65. Heidän mukaansa ”juuri tämän vuoksi edellytetään, että pitäisi olla olemassa todistelua, joka näyttää toteen huolenpidon ketjun siitä hetkestä, jolloin todiste havaittiin (verinen hansikas) tai luotiin (sisäänpääsy liikeyrityksen tiedostoon, liiketoiminnan asiakirja), siihen hetkeen asti, kun todistelu esitetään oikeudenkäynnissä. Jos ei tunneta kaikkia huolenpidon ketjun lenkkejä, ei voida taata konkreettisen todisteen aitoutta.” Tämä angloamerikkalaista oikeuselämää koskeva lausahdus ”koko huolenpidon ketjun” todistamistarpeesta ei liene ihan ajankohtainen Suomessa, mutta se voi johtua osittain erilaisesta kulttuurista: meillä ei yleensääkään käytetä verisiä hansikkaita tai muita vastaavia esinetodisteina enää oikeussalissa. Ne on usein korvattu teknisen tutkinnan valokuvilla, ja tärkeämpää tällöin on, että tekninen tutkinta on päästy aloittamaan ennen kuin tällaisia esineitä on ehditty hävittää ja että esimerkiksi DNA-näytteet on otettu erityistä huolellisuutta noudattaen. Sen vuoksi tuollaista ”todistelutodistelua” todisteen säilytysketjua koskien ei meillä juuri esiintyne.

869 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 65.

Oman, epäilemättä yhä kasvavan kategoriansa asiakirjatodisteiden joukossa muodostavat sähköisessä muodossa olevat asiakirjat. Niiden alkuperäisyyden ja eheyden varmistamisessa Riekkinen pitää eräänlaisena ideaalitulanteena sitä, että kyse on digitaalisesti allekirjoitetusta tiedostosta, joka on alun perinkin tarkoitettu käytettäväksi todisteena tai josta käy ilmi jokin oikeudellisesti merkittävä tahdonilmaisu. ”Jos allekirjoitusmenetelmä on matemaattisesti ja toiminnallisena prosessina luotettava eikä allekirjoittamiseen käytetty avain ole joutunut väärin käsiin, allekirjoitus todentaa luotettavasti viestin, asiakirjan tai muun tiedoston laatijan tai ainakin sitä viimeksi käsitelleen henkilön identiteetin.”⁸⁷⁰

Asiakirjan tarkkuus tai täsmällisyys⁸⁷¹ tulee kysymykseen ensinnäkin kuvallisen esityksen, kuten valokuvien tai videointitallenteiden kohdalla. Uskotavuudessa on tältä kannalta kysymys siitä, onko kuva niin tarkka, että sillä on riittävä erotuskyky. Tyypiesimerkki tällaisesta on myymälän tai julkisen tilan valvontakameran nauha. Kysymys on siitä, voidaanko nauhalta tai pysäytyskuvista riittävän luotettavasti tunnistaa vastaaja tai tehdä riittävän luotettavia havaintoja tapahtumista, kuten esimerkiksi pahoinpitelyn tekotavasta.

Toiseksi ryhmäksi voidaan luonnehtia tilanteita, joissa on kysymys pohjatietojen perusteella laaditusta selvityksestä tai yhteenvedosta, kuten kirjanpidosta. Kysymys ei ole siitä, että kirjanpitoa olisi varsinaisesti väärennetty, vaan siitä, että se on saatu esimerkiksi harhaanjohtavilla kirjauksilla ja tilinpäätös taitavasti muotoilemalla sellaiseksi, että sen perusteella kokonaiskuva yrityksen tuloksesta muodostuu harhaanjohtavaksi. Paha tahto ei uskottavuuden kannalta ole

870 Riekkinen 2019, s. 421. Hän huomauttaa kuitenkin, että sähköiset allekirjoitusmenetelmät voivat olla salaustajärjestelmien tavoin haavoittuvaisia erilaisille hyökkäyksille, joiden seurauksena allekirjoitusten virheellinen varmentaminen, väärentäminen tai kiistäminen voi olla mahdollista. Hän toteaa s. 422, että reaalityodisteet rikosasioissa ovat usein niin sanottuja satunnaisasiakirjoja, kuten yksityisiä sähköposti- ja tekstiviestejä, joiden alkuperäisen syntyprosessin yhteydessä mitään digitaalisten allekirjoitusten kaltaisia teknisiä varmistuskeinoja ei ole käytetty. Todisteina voidaan käyttää myös ”satunnaiskatselmuksobjekteja”, esimerkiksi yksityishenkilöiden älypuhelimella tallentamia videoita, joille on ”enemmän tai vähemmän sattumalta” tallentunut rikollinen teko tai muu rikosoikeudellisesti merkittävä tapahtuma, Riekkinen toteaa. Teknisistä keinoista todisteen eheyden varmistamiseksi ks. s. 422 – 423. – Norjassa on tutkittu systemaattisten virheiden mahdollisuutta digitaalisia todisteita arvioitaessa: ks. Sunde 2020, s. 18 – 37. Aineisto käsitti ylimääräisen muutoksenhaun kohteina olleita juttuja, joissa digitaalisella näyttöä oli esitetty (s. 24 – 25). Lopputulos oli, että Gjenopptagelseskommission-elimessä tuolla aineistolla oli ollut merkitystä ratkaisun purkamiselle vain 1,9 prosentissa jutuista. Suhdeluku niiden juttujen osalta, joissa hakija teki väitteitä digitaalisten todisteiden osalta mutta jotka hylättiin, oli paljon suurempi. (s. 37). Sunde katsoo kuitenkin, ettei voida sanoa, onko systemaattista virhettä ollut olemassa.

871 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 65 käyttävät hyvin kuvaavia termejä accuracy ja sensitivity. He mainitsevat esimerkkeinä liiketoimintaa koskevat asiakirjat (business records) (todisteen sallittavuuden kannalta!) ja demonstratiivisen todistelun, kuten tilastollisen analyysin. Common law-tuomioistuimet sallivat business recordsin hearsay-säännöstä ainoastaan, jos todistaa, joka tunnistaa ne, tuntee riittävästi sen datan tallennusprosessia, johon ne perustuvat, prosessia jolla ne oli luotu, ja sitä, miten ne oli varastoitu, jotta toisella asianosaisella olisi vastakuulustelun avulla mahdollisuus tunnistaa heikot kohdat, jotka saattaisivat heikentää niiden sisältämän informaation tarkkuutta. Tämä kysymys tarkkuudesta koskee myös demonstratiivista todistelua, kuten tilastollisia analyyskejä, joiden tulokset voidaan esittää graafisessa tai kuvallisessa muodossa. On helppoa rakentaa epätasallisia ja harhaanjohtavia graafisia kuvauksia tilastollisen analyysin tuloksista.

ratkaiseva, vaan kirjanpidon uskottavuus vähenee silläkin, että osa kirjauksia osoittautuu asiantuntemattomasti tehdyksi.

Asiakirjatodistelun käyttöä rajoittaa muun ohella parhaan todistuskeinon käyttämisen periaate. Sen mukaan kirjallista todistajanlausumaa ei voi käyttää todisteena kuin poikkeustapauksissa, vaan on kuultava kyseistä henkilöä henkilökohtaisesti.⁸⁷² Samoin kuulopuhetodistelun sijasta on lähtökohtaisesti kuultava sitä henkilöä itseään, jonka lausumasta on kysymys. Periaate on universaali ja käy ilmi useista lainsäädännöksistä ja myös common law'n käytännöstä.⁸⁷³

6.9.4.3 Muun, konkreettisen todistelun uskottavuudesta (katselmus ym.)

Muuhun todisteluun voidaan lukea esimerkiksi paikan katselmus, joka tapahtuu ”oikeudesta ulkona”, ja henkilöiden ja esineiden katsastaminen oikeussalissa. Tällaiselle ”katsastamiselle” on ominaista, että siinä näytön vastaanottaminen ja teeman *paikkansapitävyyttä* koskeva todistusharkinta käytännössä pitkälti ja lopullisesti saattavat yhtyä: esimerkiksi kiinteistön katselmuksessa osataan odottaa, mitä yksilöityjä kohteita tarkastellaan ja miltä määrättyltä kannalta, samoin henkilön vammojen tarkastelu tapahtuu sitä ”nopeassa ajattelussa” syntyvää johtopäätöstä silmällä pitäen, ovatko arvet kyseisessä paikassa rumentavia vai eivät. Katselmus- ja katsastushavainnot tehdään tietoisina siitä, että tilanne ei toistu.

Esineiden osalta kysymys on useimmiten tekovälineestä, joita on monenlaisia pienestä veitsestä ampuma-aseisiin ja parimetrisiin heinäseipäisiin. Henkilöiden osalta tavallista on heidän saamiensa, lähinnä ulkonäköön liittyvien vammojen välitön havainnointi. Vaikka tuomarit eivät ole lääketieteen erityisosaajia, rikosten uhrit usein haluavat näyttää esimerkiksi puukotuksen aiheuttamia arpia, ja jos kysymys on myös korvausten vaatimisesta, tämä onkin tarpeellista näyttöä.

Autenttisuus tulee muussa konkreettisessa todistelussa harvemmin ongelmaksi. Kuitenkin juuri pahoinpitelyvammojen kohdalla ovat tavallisia väitteet, että ne ovat joko syntyneet muulla tavalla tai muussa yhteydessä, esimerkiksi

872 Gentele 2017 – 18a s. 808 – 811 käsittelee eräitä tilanteita, joissa asiakirja on näytönä prekludoitu ja henkilötodistelulla yritetään saada sen sisältöä todisteeksi. Hän selostaa erästä Tukholman käräjäoikeuden ratkaisua, jolla yritys torjuttiin. Menettely-yritys oli antanut aiheen Ruotsin asianajajaliiton kurinpitolautakunnan antamaan muistutukseen. Lindell 1993, s. 240 – 242, on pitänyt käräjäoikeuden ratkaisua oikeana. Tietoja ei tuotu prosessiin asianmukaisesti, vaan vastoin preklusiopäätöstä; dispositiivisessa asiassa vapaan todistusharkinnan taustalla oleva totuusperiaate ei paina niin paljon, että se syrjäyttäisi preklusiösääntöjen tarkoitusperät. Gentele, joka on asianajaja (s. 802), on eri mieltä kuin Lindell ja kurinpitolautakunta ja katsoo, ettei menettelyllä edes voitu kiertää preklusiopäätöstä, ja että huonomman todistuskeinon käyttämistä ei ole kielletty. Kuvattu tilanne ja siihen liittyvät ongelmat eivät Suomessakaan ole tuntemattomia; ainakin kysymys jo esitetyksi päässeeseen aineiston poissuljennasta voi olla ”besvärilig”, kuten Lindell huomauttaa. – Gentele muistuttaa s. 811 myös siitä, että mahdollisuus riitauttaa todistaja asiakirjalla, jota ei ole ennen esitetty, on erityisen merkityksellinen vastakuulustelun päätarkoituksen eli pääkuulustelussa esitettyjen tietojen paikkansapitävyyden kontrolloinnin kannalta.

873 Perusteellisen katsauksen common law'n suhtautumisessa kuulopuhetodisteluun tarjoaa esimerkiksi EIT:n Suuren jaoston ratkaisu jutussa *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* 15.12.2011.

toisessa tappelussa, eivätkä ole tässä mielessä ”aitoja”. Lääkärinlausunto antaa usein selvyyttä asiaan havainnoinnin tueksi.

Erikoinen tilanne, jossa näytön vastaanottaminen ja arviointi menevät myös päällekkäin, on alaikäiseen kohdistuneen seksuaalirikoksen uhrin iän arviointi sen usein esitetyn puolustusväitteen kontrolloimiseksi, että uhri oli näyttänyt ikäistään vanhemmalta, toisin sanoen että syytetyllä oli ollut aihe pitää tätä suojaikärajan ylittäneenä. Tällainen arviointi voi olla vaikeaa, ja vaikeutta on omiaan lisäämään se, että teon ja oikeudenkäynnin välillä on kulunut aikaa – muutoksenhakutilanteessa ehkä vuosia.

Andersson – Schum – Twiningin uskottavuusattribuuteista konkreettiseen näyttöön liittyy myös *reliabiliteetti*. Käytännössä se tarkoittaa tietyn toiminnon toistettavuutta, sitä, miten uskottavasti – luotettavasti ja johdonmukaisesti – se toistaa tai sillä on toistettavissa jutun ratkaisemiselle tärkeä toiminto. Joidenkin konkreettisten todisteiden osalta reliabiliteetti viittaa niiden tuottamiseen käytetyn välineen operatiivisiin piirteisiin. Sellainen laite on luotettava vain, jos se antaa saman lukeman tai kuvan välinettä toistuvasti käytettäessä. Tyypiesimerkki tällaisesta laitteesta on ollut poliisin pistoolitutka.⁸⁷⁴ Ainakin suomalaisessa oikeuskäytännössä melko usein on ampuma-aseiden ja niiden toiminnan osalta koetteilla erityisesti liipaisimen herkkyys, kun puolustus vetoaa vahingonlaukaukseen. Tällaiseen konkreettiseen todisteeseen liittyy monesti myös virallislouenteinen asiantuntijalausunto.

6.9.4.4 Todistajan ja asiantuntijan kertomusten (henkilötodistelun) uskottavuudesta

6.9.4.4.1 Johdantoa. Havaintoja ja päättelyä

Todistajankertomus voi pohjautua omaan havaintoon, kuulopuheeseen tai todistajan omaan päättelyyn, tai yhdessä kaikkiin näihin tai yhdessä joihinkin niistä. Todistajan on kuulustelussa tuotava esille, mihin hänen antamansa tiedot perustuvat. Perusta saatetaan joutua viimeistään vastakuulustelussa onkimaan selville tieto tiedolta. Usein lähtökohta käy ainakin pääpiirteittäin selville siitä suhteesta, jossa todistaja on selviteltäviin tapahtumiin, esimerkiksi onnettomuusauton etupenkin matkustajana. Tällöinkin omiin havaintoihin usein sekoittuu toisilta kuultua; jos kysymys on esimerkiksi siitä, käyttikö oma kuljettaja vilkkua ilmaistakseen kääntymisaikeensa vasemmalle ja missä vaiheessa hän laittoi vilkun päälle, on vaarana, että todistaja kertoo sitä, mitä hän on kuullut kuljettajan hänelle sanoneen tai mitä hän oli itse päätellyt, ellei tätä tiedon pohjaa oteta erityisesti kunkin tiedon kohdalla esille.

Yleisenä lähtökohtana oikeusjärjestelmissä on, että todistajan tulisi kertoa vain omista havainnoistaan. Tietojen uskottavuus ja niiden todistusvoima ovat

⁸⁷⁴ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 65.

samansuuntaisia muuttujia: kuulopuheena kuultujen tietojen uskottavuus on usein alhainen. Tämä johtuu tunnetusti siitä, ettei tiedon alkuperäisen lähteen luotettavuutta voida testata, eikä aina ole varmuutta siitäkään, kuinka monen käden kautta tieto on kulkenut.⁸⁷⁵ Kuulopuhetodistelun esittäminen ei man-nermaisissa järjestelmissä ole yleensä ollut täysin kiellettyä, mutta se loukkaa ainakin kontradiktorisuuden periaatetta sekä parhaan todisteen periaatetta. Siksi lähtökohtana on saada tiedon alkuperäinen lähde kertomaan ja vastakuu-lustelussa testatuksi.⁸⁷⁶ Sen sijaan angloamerikkalaisissa järjestelmissä kuulo-puhetodistelu tuomioistuimessa on perinteisesti ollut selkeästi rajoitettua ja edelleen sellaisen todistelun tarjoaminen lienee tavallisimpia tilanteita, joissa joudutaan ratkaisemaan todisteen sallittavuus.

Kuulopuhetodistelu saattaa kuitenkin olla arvokasta materiaalia tosiseikko-jen selvittelyn eteenpäinviemisessä esitutkintavaiheessa tai prosessiin ryhty-mistä harkittaessa ja mahdollista materiaalia kartoitettaessa, vaikka sellainen todistelu ei ehkä olisi käyttökelpoista myöhemmin oikeudenkäynnissä.⁸⁷⁷ Se voi tarjota perustan, jolta voidaan tuossa vaiheessa tehdä abduktiivisia päätelmiä. Niiden avulla voidaan päästä parempien tietolähteiden äärelle ja niistä voi olla joka tapauksessa myöhemmin hyötyä myös oikeudenkäyntivaiheessa, vaikka kuulopuhe ei siinä todisteeksi kävisikään.

Todistajan päätelmät on voitava erottaa omista havainnoista. Kun todistajalta kysytään, mistä hän tietää jonkin seikan, hän usein ”paljastuu” käyttäessään perustelua ”seikan P *täytyy olla* niin ja niin *koska* seikat A ja B olivat näin ja näin”. Tällöin todistaja on suorittanut todistusharkinnan tuon seikan osalta jo ”tuomioistuimen puolesta”. A ja B saattavat kyllä perustua omaankin havain-toon. Mutta jos A ja B perustuvat omiin havaintoihin, päätöksentekijän asiana on harkita *niiden* uskottavuus ja todistusvoima P:n suhteen.

Vaikka todistajan omaksi järkeilyksi paljastunut tieto ei perustuisikaan omiin havaintoihin, se ei välttämättä ole hyödytön, sillä se saattaa välittää tietoa esi-merkiksi vastaajan tai todistajan (muusta) uskottavuudesta – johtaessaan kysy-mään, *millä* perustalla päätelmä lepää. Tämä tieto saattaa olla arvokasta sekä silloin, kun sen välittyminen on ollut tahatonta, että silloin, kun todistajalla ilmenee olleen tendenssi kertoa tietystä, usein eri syistä jotakuta asianosaista tukevasta, ”päätelmästään”.

Eri asemassa on sellaisesta henkilönäytöstä saatava tieto, jonka juuri halu-taan tai oletetaan olevan päätelmä ja jota kertomaan todistaja tai kuultava on ehkä lähinnä kutsuttukin. Asiantuntija on perinteisesti määritelty henkilöksi, joka kertoo yleisiä ammattiinsa liittyviä tietoja ja kokemussääntöjä, erotukseksi

875 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 66.

876 Vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen relevantin todisteen kohdalla on ollut tavallisimpia EIT:n oi-keuskäytännössä todetuista EIS 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkauksista.

877 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 66.

todistajasta, joka kertoo omista havainnoistaan. Tämä määrittely ei vastaa täysin prosessitodellisuutta. Onnettomuuspotilaan vastaanottanut tai tätä hoitava lääkäri kertoo myös omista havainnoistaan oman ammattitietoaan samalla soveltaen; samoin hoitava lääkäri potilaastaan.⁸⁷⁸ Ennen OK 17 luvun uudistusta vuonna 2016 lääkäri saatettiin kategorisoida asiantunteva todistaja -luokkaan.⁸⁷⁹ Tämä käsite on oikeuskirjallisuuden ja -käytännön kehittämä, eikä laki tuntenut sitä. Yhtä kaikki uudenkin 17 luvun lääkärin status saattaa olla tosiasiallisesti osittain todistajan, osittain asiantuntijan. – Nyt myös asiantuntijoita voidaan ”laillisesti” ristikuulustella. Ristikuulustelu saattaa muodostua värikkääksi, ainakin jos siihen päädytään spontaanisti.⁸⁸⁰

Nykyisen OK 17 luvun esitöissä on esitetty asiantuntijan ja todistajan erottamiseksi sääntöä, että ”asiantuntijan osalta ensin ovat kokemussäännöt ja sitten havainnot, todistajan osalta ensiksi ovat havainnot ja sitten kokemussäännöt”.⁸⁸¹

”Välivyohtykeellä” on muidenkin ammattialojen edustajia, kuten rakennusurakka- ja hometalojutuissa rakennusmestareita ja rakennusinsinöörejä. Oman piirteensä kuulusteluun jälkimmäisissä jutuissa voi tuoda se, että henkilöt ehkä samalla ovat kilpailevien korjaussuunnitelmien laatijoita ja urakoitsijoiden edustajia. He ovat tällöin käyneet paikalla ja kertovat havainnoistaan, mutta myös ammattilaisina ja asiantuntijana verrattavina. Tällaisten henkilöiden uskottavuus voi vaihdella melkoisesti.⁸⁸² Henkilön ei kuitenkaan tarvitse olla tieteen tai ammattialan asiantuntija, vaan maallikkokin voi pyydettyäessä kertoa päätelmänsä, joka auttaa päätöksentekijää ymmärtämään todisteluun liittyviä

878 Esimerkiksi Lappalainen 2001, s. 282.

879 Lappalainen 2001, s. 283.

880 Saranpää 2018, s.1 – 18 kuvaa hyvin strukturoitua brittiläistä ristikuulustelua (”vastakkainkuulustelu”) ja käytännön kysymyksiä meillä. Vaikeissa kysymyksissä hyvä etukäteisvalmistelu on välttämätön, jotta niin kuultavat kuin asiamiehet ja näyttötuomari itse voivat myös valmistautua tilanteeseen muutenkin kuin lausuntojen kautta. Tämä puoltaa asiasta päättämistä jo valmistelussa.

881 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 132; HE 46/2014 s. 99. Asiantuntijoita koskevan nykyisen OK 17:34:n muotoilussa on ehkä pyritty selväsanaisuuteen aiemman OK 17:44.1:n laveampisanaisen ilmaisen sijaan. Nyky-muoto ei kuitenkaan ole täysin onnistunut, koska se rajaa kohteen vain ”ammattitietoja vaativiin kokemus-sääntöihin sekä niiden soveltamiseen asiassa ilmeneviin seikkoihin”. Kuten Todistelutoimikunta 69/2012, s. 132 toteaa, asiantuntijatodistelu ”koskee tyypillisesti DNA-, veri-, käsiala-, ääni- tai kuitunäytteitä taikka asiakirjan (KKO 1999:74) tai muun todistuskappaleen aitoutta ja muuttamattomuutta taikka omaisuuden laatua ja kuntoa”. Ei näissä ymmärtääkseni läheskään aina ole kysymys kokemussäännöistä tai niiden soveltamisesta asiassa ilmenneisiin seikkoihin. Tässä mielessä vanha sanamuoto (”kysymys, jonka arvostele-miseen tarvitaan...”) oli mielestäni parempi. Toisaalta Todistelutoimikunnan esityksestä saa käsityksen, ettei vallitsevaa oikeustilaa ollut tarkoitus muuttaa (s. 131 – 132). – Lainkohdasta ja asiantuntijatodistelun arviointikriteereistä Pölonen 2017, s. 162 – 172.

882 Eräänä käytännöllisenä kriteerinä tällaisen urakoitsijan esittämien laskelmien uskottavuudelle on oikeus-käytännössä toisinaan pidetty sitä, sitoutuvatko he esittämillään kustannuksilla suorittamaan korjausura-kan. Uskottavuuden arvioiminen on toisinaan vaikeaa, koska kuultavalla voi olla omaa intressiä asiassa. Myyjän ja ostajan pestaamien urakoitsijoiden arviot voivat olla hyvin erilaisia, ja kysymys muodostuu usein riitaisimmaksi. – Jääviys saattaa tulla lähelle. HE 46/2014, s. 34 katsottiin, että tuolloista tilannetta voitiin pitää epätydyttävänä muun ohella siksi, ettei asianosaisen nimeämää asiantuntijaa koskeneet säädetyt kel-poisuus- ja puolueettomuusvaatimukset. Uudessa laissa tilanne on korjattu (OK 17:35).

seikkoja.⁸⁸³ Joihinkin juttutyyppeihin on tarjottu tai tarjoutunut myös henkilöitä todistelun tulkitsemiseen ja uskottavuuden harkintaan. Kun todistusharkinta on tuomioistuimen tehtävänä ja vastuulla, tällaisia tarjoutuvia henkilöitä ei käsitykseni mukaan ole hyväksytty. Jutuissa, joissa lapsia tai alaikäisiä on esitutkinnassa kuultu, tutkijaa on saattanut olla tarpeellista kuulla oikeudessa myös itse kuulustelutapahtumasta, jolloin hänen kertomaansa sisältyy myös uskottavuuteen liittyviä näkökohtia.

Oman kategoriansa tullevat muodostamaan nykyisen OK 17:4.1:n tarkoittamat, suullisesti kuultavat oikeustieteellisen selvityksen antaneet tai ”muut”⁸⁸⁴ henkilöt. Heidän teemanaan on, miten lakia olisi sovellettava.⁸⁸⁵ Kuuleminen riippuu tuomioistuimen tarpeellisuusharkinnasta.⁸⁸⁶ Esitöissä on tuotu esiin, että tällainen henkilö ei ole todistajan eikä asiantuntijan asemassa.⁸⁸⁷ Lähtökohtana onkin, että henkilöt eivät kerro havainnoistaan. Raja saattaa yksittäistapauksissa olla kuitenkin koko lailla veteen piirretty. Tällainen henkilö on ehkä käynyt havainnoimassa tapahtumapaikkaa, ja hänen näkemyksensä lain soveltamisesta perustuvat osittain tähän. Hän voi myös kertoa esimerkiksi vieraan valtion lainsäädännön sisällöstä,⁸⁸⁸ mikä on vanhastaan ollut myös

883 Esimerkiksi ylimuistoinen nautinta voi olla teema, jossa maallikkotodistajalta voidaan kaivata omaa näkemystä siitä, kuka oli hänen havaitakseen ollut ylimuistoinen nauttija. – Anderson – Schum – Twining 2005, s. 66 mainitsee esimerkkinä maallikon, joka kertoo ”Haroldin olleen surullinen, kun pomo oli antanut tälle potkut”, ilman että hän antaa yksityiskohtaisen kuvauksen kasvojen ilmeestä ja käyttäytymisestä, joka johdatti hänet päättämään tämän olevan surullinen. Kvalifioitu asiantuntija saattaa kertoa: ”Kun verrataan rikospaikalta löydetyn veren DNA:ta ja syytetyn DNA:ta, on melkein varmaa, että rikospaikalla ollut veri oli syytetyn verta”, koska ei-asiantuntija ei kykenisi ymmärtämään tai tulkitsemaan dataa, johon asiantuntijan mielipide perustuu. – Harold-esimerkki ei ole aivan fiktiivinen. Toisinaan työsopimuksen päättämistä koskevilla jutussa joudutaan esittämään todistelua siitä, mitä väitetystä päättämislanteesta oikeastaan tapahtui eli päätettiinkö työsopimusta lainkaan tai kuka päätti. Erityisesti työsopimuksen irtisanomismenettelystä annettu lain (124/1984, voimassa 1.9.1991 saakka) tultua voimaan vuonna 1984 oli esillä tämänkaltaisia riitoja. Ilmeiden analysointiin ei tarvinnut mennä, käyttäytymisen kyllä.

884 Esitöiden perusteluista saa käsityksen, että muulla henkilöllä tarkoitetaan tässä vastapuolen kontradiktorisesti nimeämää samanlaista alan tuntijaa, joka ei ole laatinut omaa selvitystään (Todistelutoimikunta 69/2012, s. 77; HE 46/2014, s. 51). – Kaiketi ei estettä olisi sillekään, että kumpikin asianosainen valjastaa lakiasiantuntijan laatimaan ensin kirjallisen selityksen, ja näitä kuullaan sitten suullisesti vastakkain. Ristikuulustelu oikeuden sisällöstä!

885 Todistelutoimikunnan 69/2012, s. 77, samoin HE:n 46/2014 s. 51, mukaan ”laki” on tällöin ymmärrettävä laajasti ja käsittää muun muassa oikeuskirjallisuuden. – Oikeustieteellisestä asiantuntijalausunnosta aikaisemmassa käytännössä Viljanen 1997, s. 547 – 552. Hänen mukaansa joissakin tuomioistuimissa oli tuolloin otettu (ehkä vuoden 1993 riita-asiaien suullisuutta korostaneen uudistukseen liittyen) käytäntö, että kirjallista asiantuntijalausuntoa ei otettu vastaan, ellei lausunnon antaja tullut henkilökohtaisesti tuomioistuimeen vahvistamaan sitä ja vastailemaan vastapuolen mahdollisiin kysymyksiin. Viljanen pohtii tällaisen henkilön roolia ja toteaa, ettei tähän voitu soveltaa todistajaa koskevia säännöksiä eikä tämä ollut asiantunteva todistaja, s. 548. – OK 17 luvun myötä lausunnon laatijan prosessirooliin on nyt saatu selvennystä.

886 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 77, esitti tuomioistuimen harkinnan kriteeriksi ”soveliaisuutta”. Tarpeellisuus on epäilemättä selkeämpi kriteeri.

887 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 77 ja 132; HE 46/2014 s. 50 ja 98. Todistelutoimikunnan ja HE:n mukaan käytännössä on esiintynyt pyrkimystä kuulla tällaista henkilöä todistajana tai asiantuntijana. – Lappalaisen 2001, s. 283 alaviitteen 305 mukaan oikeustieteellistä asiantuntijaa on ehkä joskus kuultu suullisesti ”asiantuntevan todistajan” ominaisuudessa: ”Tällaista harhautunutta käytäntöä lienee tuomioistuimissa jonkin verran esiintynyt”.

888 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 77; HE 46/2014 s. 51. Merkillepantavaa on, että vieraan valtion laki mainitaan jopa ennen kotimaan lakia.

todistusteema. Myös 2 momentissa on kysymys vieraan valtion lain sisältöä koskevasta selvityksestä. Sen antaminen tapahtuu tuomioistuimen kehotuksesta. Vanhastaan ainakin jälkimmäisen momentin tarkoittama selvitys on voinut olla henkilötodistelunkin kohteena; ainakaan henkilötodistelua – eli käytännössä asiantuntijatodistelua – ei ollut rajattu pois. Uuden lain esitöissä on kuitenkin maininta, joka antaa ymmärtää, että vastedes henkilötodistelu vieraan valtion lain sisällöstä ei ole enää mahdollista, ei kummankaan momentin tarkoittamassa tilanteessa.⁸⁸⁹

Keskeisen henkilötodistelua esittävän ryhmän muodostavat asianosaiset. Heidän kertomuksensa saattavat tunnetusti jäädä joissakin juttutyypeissä ainoaksi henkilötodisteluksi. Sekä vanhan että uuden OK 17 luvun säännösten mukaan riita-asian asianosaista ja rikosasian syytettyä kuullaan todistelutarkoituksessa, samoin asianomistajaa, jolla on vaatimuksia. Vuoden 2016 uudistuksen eräänä tavoitteena oli yhdenmukaistaa henkilötodistelua ja luopua niin sanottujen kuultavien kategoriasta. Eräs seuraus tästä oli, että nykyisin asianomistajaa, jolla ei ole vaatimuksia, kuullaan todistajana, tosin eräin poikkeuksin.⁸⁹⁰ Seuraavassa esityksessä henkilötodistelun uskottavuutta tarkastellaan kahdesta näkökulmasta, toisaalta common law’n mukaista ajattelutapaa kuvastavasta Andersonin, Schumin ja Twiningin näytön analyysistä koskevasta perusteoksesta ja toisaalta suomalaista ja pohjoismaista ajattelutapaa kuvastavasta peruskirjallisuudesta. Uskottavuus on tuomarien yhteinen ja universaali huolenaihe, eikä radikaaleja eroja ole odotettavissa.

889 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 132; HE 46/2014 s. 98. Muutos lienee tehty enemmänkin systematiikan kuin materiaallisen tarpeen ehdoilla. Ulkomaan oikeus on kuitenkin eri asemassa kuin kotimaan, jota koskee maksimi iura novit curia. Kun 2 momentin selvityksen esittäminen tapahtuu tuomioistuimen kehotuksesta, on vaikea nähdä, miksi tätä kehotusta ei voisi noudattaa käyttäen kontradiktorista henkilötodistelua. Kontradiktorisuudestaan on huolehdittu jo 1 momentin ”selvittäjän” kohdalla, ja tuomioistuimen kehoitus lienee ”kaliiberia vahvempi” aloite.

890 OK 17:29.2. Sama koskee 3 momentin mukaan henkilöä, jota on syytetty samasta teosta tai teosta, jolla on välitön yhteys siihen tekoon, jota syyte koskee; jolle siitä teosta on annettu sakkomääräys, rangaistusmääräys tai rikesakkomääräys; ja sitä, jonka ”teko esituskintalain 3 luvun 9 §:n nojalla on päätetty jättää saattamatta syyttäjän harkittavaksi taikka jonka teosta syyttäjä on päättänyt jättää oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 1 luvun 7 tai 8 §:n taikka muun vastaavan toimenpiteistä luopumista tarkoittavan lainkohdan nojalla syytteen nostamatta.” Ks. HE 46/2014, s. 32 – 33. – Niitä ongelmia, joita asianomistajan asemaan (”asianomistaja-asianosainen ja asianomistajatodistaja”) liittyy, käsittelee laajasti Tolvanen 2016, s. 199 – 204. Hän viittaa myös Jokelan 2015, s. 243 kritiikkiin. – Todennäköisesti asianomistajan roolin muuttaminen eräissä tilanteissa todistajaksi ei ollutkaan onnellinen ratkaisu. Kuultavan käsitettä ei sillä onnistuttu painamaan upoksiin, ja joka tapauksessa vielä jäi kummajainen ”asiaan osallinen”, joka kaiketi edelleen edustaa vähintään kuultavaa, mutta kuitenkin sentään asianosaista. – Toisaalta tehtävä on vanhastaan ollut ongelmallinen. Klassinen esimerkki on virkamiehen väkivaltainen vastustaminen. Jos poliisille tuli kiinniotossa vahinkoa ja hän esitti siitä vaatimuksia, hän oli asianomistaja, ei muuten, koska rikoksen suojelusobjekti ei kattanut häntä. Eron tekeminen oli käytännössä joskus melko sattumanvaraista.

6.9.4.4.2 Common law -näkökulma henkilötodistelun uskottavuuteen

Todistajankertomukseen sisältyvän väitteen, oikeastaan väitteen kohteena olevan tiedon, uskottavuuden arvioiminen edellyttää kolmen attribuutin huomioonottamista ja pohdintaa: *vilpittömyyden (veracity)*, *objektiivisuuden ja havainnoimiseen liittyvän herkkyyden (observational sensitivity)*. Kaikille näille kolmelle tavallisia todistajia koskeville uskottavuusattribuuteille on ominaista, että ne ovat sekä ajasta että asiayhteydestä riippuvaisia.⁸⁹¹ Eräänlaisena ”ulkojäsenenä”⁸⁹² kolmikön ulkopuolella, mutta usein todistajan antamien tietojen uskottavuuteen vaikuttamassa, on vielä eräs todistajan omaan persoonaan liittyvä tekijä, nimittäin hänen kompetenssinsa – valmiutensa tai pätevyytensä – tehdä havaintoja ja todistaa tietyistä seikoista.

a) vilpittömyys

Todistajan vilpittömyys kertoo terminä jo sisältönsä. Vilpitön todistaja uskoo kertomansa olevan totta ja haluaa pysyä totuudessa. Anderson – Schum – Twining määrittelevät todistajan vilpittömyyden niin, että todistaja on vilpillinen vain silloin, kun hän kertoo vastoin uskomuksiaan. Se, että hän kertoo tavalla, joka muun informaation valossa paljastuu varmuudella paikkansa pitämättömäksi, voi johtua esimerkiksi siitä, että hän on erehtynyt havainnoissaan tai hän ei ole ollut objektiivinen muodostaessaan uskomuksiaan. Esimerkiksi todistelu siitä, että todistajalla on heikko näkö, ei kyseenalaista todistajan vilpittömyyttä.⁸⁹³

b) objektiivisuus

Todistaja on saattanut muodostaa uskomuksensa omien aistihavaintojensa täsmälliseen ja objektiiviseen ymmärtämiseen, mutta hän on voinut muodostaa sen

891 Anderson – Schum – Twining 2005 s. 66 – 67.

892 Anderson – Schum – Twining 2005 s. 71 katsovat, että kompetenssi ja uskottavuus näyttävät olevan (henkilötodisteluun liittyvän tiedon) itsenäisiä piirteitä. Ehkä näin voidaan sanoa olevankin. Käytännössä kompetenssi on nähdäkseni kuitenkin kiinteässä vuorovaikutuksessa kolmen uskottavuusattribuutin, erityisesti havaintojen sensitiivisyyden, kanssa. Nämä kirjoittajat mainitsevat esimerkin Harold-sedästä, joka tunnetaan rehellisimpänä, objektiivisimpana ja havainnointiin kykenevimpänä henkilönä, jota koskaan on tunnettu. Mutta jos setä on kuorma-auton kuljettaja, hänen mielipidettään ei pyydetä käsiillä olevasta mahalaukuun liittyvästä ongelmasta. Nähdäkseni tässä kysymys on kuitenkin uskottavuudesta havainnoimisen sensitiivisyyden tai oikeammin sen puutteen perusteella arvioituna – siis edellyttäen, että setää pyydetäisiin kertomaan omista *havainnoistaan*. Toisaalta kirjoittajat esittävät esimerkin äärimmäisen kompetentista tilintarkastajasta, jonka mielipiteitä hyvin tunnetut teollisuuslaitokset usein kysyvät mutta joka on tietoinen kirjanpidon väärentämisepisodista (”cooking the books”) yhtiössä, minkä hän myöhemmin totuudenvastaisesti kiistää. Kompetenssi ja uskottavuus vilpittömyys-attribuuttinsa kautta tuntuvat mielestäni olevan kyllä toisistaan erillisiä, mutta juuri kompetenssi voi olla edellytys sille, että hänen kertomustaan ei uskota.

893 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 66. – Tämä vastaa Geipelin 2008, s. 231 – 232 käsittelemää ”subjektiivista totuudellisuutta”. Esimerkiksi Bayesin teoremaa sovellettaessa on lähdeittävä siitä, että tämän todennäköisyys asetetaan a prioriksi. Kysymys jää olemaan arviosta, koska todistajan hyväuskoinen erehtyminen on mahdollista.

myös siltä pohjalta, mitä hän joko odotti tai halusi tapahtuvan. Kaikki ihmiset ovat toisinaan alttiita uskomaan, mitä joko odotetaan tai toivotaan tapahtuvan riippumatta siitä, mitä aistit kertovat. Määritelmän mukaisesti objektiivinen havainnoitsija on sellainen, joka muodostaa uskomuksensa perustuen todisteluun eikä olettamuksiin tai toiveisiin tai haluamiseen.⁸⁹⁴ Todistaja on aivan hyvin voinut olla objektiivisempi havainnoissaan koskien tapahtumaa A kuin hän olisi saattanut olla havainnoissaan tapahtumaa B.⁸⁹⁵

c) havainnoimiseen liittyvä herkkyys

Jos voidaan lähteä siitä, että todistaja oli muodostanut uskomuksensa tapahtumasta objektiivisesti aistihavaintojensa pohjalta, seuraava kysymys koskee sitä, miten hyvää tämä aistihavaintonäyttö on.

Kysymys on havainnoimiseen liittyvästä herkkyydestä eli sensitiivisyydestä (observational sensitivity). Tähän attribuuttiin liittyä todistajan aistijärjestelmän riittävyyden pohdinta, toisaalta yleisesti, toisaalta havainnoimistilanteen erityisissä olosuhteissa. Havainnon luotettavuuteen saattavat siis vaikuttaa niin todistajaan itseensä kuin havainnoimistilanteeseen liittyvät tekijät. Vaikka todistajalla olisi yleensä hyvä näkö, hän saattaa olla erehtynyt huonoissa valaistusolosuhteissa.⁸⁹⁶

Tyypillinen käytännön esimerkki on todistaja, jonka havaintokykyä heikentää humalatila. Lisävaikeutena on, että humalatilan asteen selvittäminen voi olla vaikeaa ja tuloksetontakin, koska todistaja ei usein kykene muistamaan nauttimaansa alkoholimäärää ja hän ehkä haluaa kaunistella sitä, tai koska alkoholi voi vaikuttaa eri ihmisten havaintokykyyn eri tavoin.

Anderson – Schum – Twining ovat taulukoineet erilaisia aputodistelun muotoja, oikeastaan aputosiseikkoja, joiden avulla voidaan saada selvitystä mainittuihin kolmeen uskottavuusattribuuttiin tai johonkin niistä.⁸⁹⁷ He jakavat ne kolmeen kategoriaan, spesifiseen, vähemmän spesifiseen ja epäspesifiseen.

Spesifiset aputosiseikat voivat liittyä nimenomaisesti johonkin mainituista kolmesta uskottavuuden attribuutista. Niitä ovat havainnon sensitiivisyyttä, objektiivisuutta ja vilpittömyyttä koskevat aputosiseikat. Havainnon sensitiivisyyteen vaikuttavat tekijät kuuluvat aistinvääristymiin (*sensory bias*): ne voivat liittyä aistivikoihin, yleiseen fyysiseen kuntoon, havainnon kunnollisuuteen, sen laatuun ja keston, asiantuntemukseen ja huomion kohdistamiseen. Havainnon

⁸⁹⁴ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 66 ja 67.

⁸⁹⁵ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 67.

⁸⁹⁶ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 67.

⁸⁹⁷ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 67 otaksuvat, että oikeustieteen ulkopuolella ei ole toista tieteenalaa, jolla olisi tehty enemmän ponnisteluja tallentaa erilaisia perusteita todistajan uskottavuuden kyseenalaistamiseksi tai tukemiseksi.

objektiivisuuden vääristymän (*objectivity bias*) taas voivat aiheuttaa odotukset ja muistiin liittyvät tekijät. Vilpittömyyden eli kertomisen vääristymän (*testimonial bias*) voivat aiheuttaa aiemmat tuomiot epärehellisyysrikoksista ja muut epärehellisyyteen liittyvät väärinkäytökset, rehellisyyttä koskeva luonnetodistelu, todistajien vaikutus toisiinsa ja niiden keskinäinen korruptio, käytös ja esiintymistapa.⁸⁹⁸

Vähemmän spesifiset apotosiseikat ovat seikkoja, joissa voi olla kysymys kahdesta uskottavuuden attribuutista. Rakenteelliset kokonaisuudet ja havainnoitsijan tavoitteet voivat vaikuttaa sekä havainnolliseen sensitiivisyyteen että objektiivisuuteen. Keskeiset aivojen prosessit kontrolloivat aisteja. Niinpä havaitsemisen kohteet voivat vaikuttaa visuaalisen sensitiivisyyteen sitä ehkä lisäämällä. Havaintohetkellä kohteena olevat objektit voivat myös vaikuttaa objektiivisuuteen, joilla muodostetaan uskomuksia aisteilla hankitun evidenssin pohjalta. Ihminen voi olla ”valmiimpi” uskomaan ennemmin yhtä kuin toista asiaa. Lisäksi kaikki havaintoihin ja kertomukseen liittyvät panokset, motiivit ja intressit voivat vaikuttaa sekä objektiivisuuteen, jolla muodostetaan uskomuksia, että näitä uskomuksia koskevan todistajankertomuksen vilpittömyyteen. Uskottavuutta koskevan aputodistelun merkittävä muoto liittyy omiin ristiriitaisuuksiin (self-contradictions) eli aikaisempiin ristiriitaisiin lausumiin. Todistaja kertoo toisin kuin on kertonut esitutkinnassa. Ei voida olla varmoja siitä, liittyvätkö ristiriitaisuudet todistajan objektiivisuuteen ja muistiin vai viittaavatko ne epärehellisyyteen. Joskus havainnon jälkeiset tapahtumat voivat saada henkilön muuttamaan aikaisempaa uskomustaan, ja todistaja voi yksinkertaisesti olla kertomassa tarkistetun uskomuksensa mukaan.⁸⁹⁹

Todistajat voivat muuttaa kertomustaan myös vilpittömyyteen liittyvistä syistä – esimerkiksi lahjonnan vuoksi.⁹⁰⁰

Epäspesifisiin apotosiseikkoihin kuuluu kaksi vanhinta tunnettua uskottavuuden haastavaa todistelun muotoa: tilanteet, joissa todisteen sisältö on vastakkainen (kontradiktorinen) muulle näytölle ja näytöt sulkevat toisensa pois, sekä tilanteet, joissa muu näyttö ei suoranaisesti sulje pois esillä olevan kertomuksen sisältöä, mutta viittaa kuitenkin eri suuntaan. Eri tavoin kertovien todistajien uskottavuudet joutuvat vaakalaudalle, eikä ole sanottua, että jompikumpi on epärehellinen – hän voi olla erehtynyt havainnostaan tai ei ole ollut objektiivinen muodostaessaan uskomustaan

898 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 68 – 69.

899 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 69. – Käsittääkseni melko tavallinen esimerkki tästä on kolaritilanne, jossa osalliset ja paikalle saapuneet ovat paikalla esittäneet omia kannanottojaan tapahtumainkulusta – usein ilman tosiseikkapohjaa mutta varmantuntuisesti. Silminnäkijä on näitä kuultuaan ja havaintojaan puntaroituaan saattanut muuttaa näkemyksiään ja ruveta uskomaan itekin hänelle esitettyihin käsityksiin.

900 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 69.

havainnon perusteella. Eräät oman ristiriitaisuuden muodot voidaan liittää kaikkiin kolmeen uskottavuuden attribuuttiin.⁹⁰¹

Nähdäkseni on periaatteellisesti (ja pedagogisesti) oikein, ettei todistajaa leimata epärehelliseksi tai valehtelijaksi, vaikka hänen kertomuksensa eroaa muusta näytöstä tai hänen omista esituskinnassa tai asian käsittelyssä alemmassa tuomioistuimessa esittämistään kertomuksista. Meillä ei aikaisemmin ollut erityisen harvinaista, että todistajaa vastaan nostettiin syyte väärästä valasta, joka oli useimmiten ehdottomalla vankeudella rangaistu rikos. Yleisestäävyys ehkä edellytti tätä. Nykyään perättömän lausuman antamisesta tuomioistuimessa ei kovin paljon nostettane syytteitä, ellei lausuma ole johtanut vakaviin seurauksiin. Joka tapauksessa todistajan kertomuksen erotessa hänen aiemmasta kertomuksestaan syytä poikkeamaan kysytään ja syyn uskottavuutta pohditaan. Useimmiten taustalta löytyy inhimillisenä syynä muistiongelmia – voi olla niinkin, että ihminen on tietoisesti halunnut unohtaa epämiellyttävänä pitämänsä asian ja tuo tämän suoraan ilmi. Tilanteita, joissa ristiriitaisuuden saattaa aiheuttaa kertomisen vääristymä eli testimonial bias, indikoi usein todistelun henkilöasetelma eli käräjäsaliissa olevien ihmisten kesken vallitsevat suhteet.

Todistajan kompetenssia luonnehdittiin edellä hänen valmiudekseen tai pätevyysdekseen tehdä havaintoja ja todistaa näkemästään. Anderson – Schum – Twining korostavat, että kompetenssi ja uskottavuus ovat lähtökohtaisesti eri asioita: tavallinen todistaja on kompetentti, jos hänellä on ollut tilaisuus tehdä havainto, hän saattoi ymmärtää mitä oli havainnoimassa ja saattoi johdonmukaisesti kertoa havainnoinnin tulokset. Todistajan uskottavuudessa (credibility) taas on kysymys siitä, missä määrin hänen väitteitään voidaan uskoa. Uskottavuus (believability!) riippuu attribuuteista, jotka koskevat vilpittömyyttä, objektiivisuutta ja havainnointiin liittyvää herkkyyttä.⁹⁰²

Valmiudessa voidaan ehkä erottaa yleinen ja erityinen kompetenssi; edellinen on todistajan yleinen valmius havaintojen tekoon ja havaitsemiensa tietojen kielelliseen ilmaisemiseen, jälkimmäinen taas tuo valmius pitää silmällä juuri todistelun kohteena olevaa tilannetta. Pätevyys taas on pysyvämpi, koulutukseen ja kokemukseen perustuva ominaisuus.⁹⁰³ Poliisimies, joka on harjaantunut liikennettä koskevien havaintojen tekemiseen, voi sattumalta työn ulkopuolella onnettomuuden silminnäkijäksi joutuessaan tehdä havaintoja eri tavoin ja

901 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 69 – 70.

902 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 70 – 71 huomauttavat, että termillä ”kompetenssi” on tavanomaisessa kielenkäytössä merkityksiä, joita sillä ei oikeustieteessä ole. Synonymieihin sanalle ”kompetenssi” kuuluvat adjektiivit *qualified, adequate, appropriate tai suitable*. Joissakin muissa asiayhteyksissä kuin oikeustieteessä ei tehdä erottelua henkilötodistelun lähteen kompetenssin ja uskottavuuden välillä. On tilanteita, joissa näitä termejä käytetään synonyymeinä. Tämä johtaa sekaannukseen, sillä kaikki kompetentit henkilöt eivät ole uskottavia eivätkä kaikki uskottavat henkilöt ole kompetentteja.

903 Ehkä jälkimmäistä tarkoittaen Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71 puhuvat ”rekvisiitta-kompetenssista”.

lähtökohtaisesti suuremmalla uskottavuudella kuin läheisellä jalkakäytävällä kävellyt ”tavallinen” jalankulkija. Samoin rakennuksen homevauriota tarkastelleella rakennusmestarilla voi olla erilaiset valmiudet tehdä havaintoja ja todistajana kertoa niistä, myös asianmukaista terminologiaa käyttäen, kuin henkilöllä, joka on tässä suhteessa maallikko. Todistajan valmius tai pätevyys uskottavuustekijänä voi olla vuorovaikutuksessa niin hänen havaintojensa objektiivisuuden kuin erityisesti havainnoimiseen liittyvän herkkyyden kanssa, mutta tietysti myös vilpittömyyden kanssa.

6.9.5 Todistusvoimasta

Todistusvoima, näyttöarvo, on todistelun ja ehkä koko todisteluprosessin johdoteihe, kantava taustavoima ja päämäärä, jonka selville saamiseen useiden vaiheiden, verkkojen ja portaiden kautta pyritään pääsemään. Jos sitä ei tavoiteta, koko kantajan tai syyttäjän ponnistus voi jäädä turhaksi. Näin asia olisi, jos todisteltavana oikeudenkäynnissä olisi yksi ainoa seikka. Käytännössä kanteet ja syytteet ovat lukuisien seikkojen ja seikastojen yhdistelmiä. Vaikka yksi lenkki pettää, koko rakennelma ei välttämättä sorru, tai se voi johtaa siihen, että kanne tai syyte toteutuu vähäisempänä tai erinäköisenä.

Anderson – Schum – Twining lukevat todistusvoiman todisteen kredentiaalien joukkoon,⁹⁰⁴ mikä onkin perusteltua siltä kannalta, että se on todisteen eräs ”hyvyysominaisuus”. Erona uskottavuuteen on, että se on korostetusti fact-finderin päättelyn ja arvioinnin tulosta, toisin sanoen näyttöarvo ei ole olemassa todisteessa itseisarvoisesti, niin kuin uskottavuuden voi sanoa olevan.⁹⁰⁵ Näyttöarvosta voi puhua vain suhteessa johonkin, siis todistettavaan teemaan, samoin kuin sen ainesosa, relevanssi on olemassa vain teeman kannalta.

Anderson – Schum – Twining kuvaavat todistusvoimaan päättyvää harkintaa seuraavasti. Jokainen välittömästi relevantti todistelu täytyy liittää paenultimate probandumiin päättelyketjulla.⁹⁰⁶ Tämä ketju voi sisältää useita lenkkejä. Ketjun ensimmäinen lenkki on aina uskottavuuslenkki. Muut lenkit ovat sellaisia, jotka ovat välttämättömiä esittämään todisteen relevanssia paenultimate probandumille. Todisteen näyttöarvo riippuu ketjun jokaisen lenkin vahvuudesta. Kun harkittavana on suuri joukko todisteita, on pohdittavana monia päättelyketjuja. Suuren todisteiden määrän todistusvoiman arvioiminen edellyttää, että jokaisen ketjun todistusvoima arvioidaan ja että yksittäiset arvioinnit yhdistetään sen

904 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71. Operoidessaan paenultima probandumilla he määrittelevät sen niin, että se vastaa kysymykseen: ”Miten vahvaa on näyttö, joka suosii tai epäsuosii jotakin toiseksi viimeistä probandumia käsillä olevassa jutussa?”

905 Vrt. tässäkin kuitenkin sanan ”uskottavuus” suomalainen toinen käyttäminen näytön riittävyuden kuvaajana eli harkinnan lopputuloksena, ks. uskottavuus uudessa OK 17 luvussa ja jakso minitodistusharkinnat.

906 Päättelyketju tarkoittaa samaa kielikuvaa kuin todisteiden ja todistustositseikkojen portaittaisuus.

ratkaisemiseksi, mikä on massan todistusarvo ultimate probandumin suhteen.⁹⁰⁷ Kirjoittajat tiivistävä terminologiaansa näin:⁹⁰⁸

”Tietyt todennäköisyysarviot oikeuden piirissä sisältävät metaforien käytön, joista jotkin johtavat meidät tämän jakson olennaiseen aiheeseen: näytön todistukselliseen (probative) ”painoarvoon” (weight), ”voimaan” (force) tai ”vahvuuteen” (strength)... Näytön suurempi kredentiaali on sen todistuksellinen painoarvo, voima tai vahvuus ... Ei ole olemassa vakiintunutta tapaa, jolla tämä kredentiaali pitäisi arvioida tai porrastaa. ...Näyttää olevan olemassa vain kaksi kiistatonta näytön voiman, painon tai vahvuuden piirrettä. Ensimmäinen on se, että näytön todistusvoiman porrastamisilla on *vektorinkaltaisia* ominaisuuksia, se on, todistelu voi osoittaa tiettyyn *suuntaan* (kohti tiettyä väittämää tai probandumia) tietyllä voimalla tai vahvuudella. Toinen on se, että todistelun voiman tai painoarvon porrastukset on aina ilmaistu jollakin tavalla probabilistisesti. Juuri tässä vallitsee suurin kiistanalaisuus, koska on olemassa aika erilaisia näkemyksiä siitä, miten todistuksellinen painoarvo tai voima pitäisi arvioida probabilistisin termein.”

Mirjan Damaška taas, vertaillen common law- ja mannermaista järjestelmää, näkee merkittävän eron suhtautumisessa relevanssiin ja painoarvoon. Hänen mielestään relevanssilla on mannermaalla tuskin mitään roolia oikeudellisessa diskursissa: informaation todistusarvosta harvoin puhutaan erillään sen välittäjän uskottavuudesta, ja silloin kun pelkästään seikan probatiivisesta potentiaalista puhutaan, kysymys on lähinnä sen varmistamisesta, onko seikalla merkitystä jutun faktoille eli onko seikka ”materiaalinen”. Damaška näkee tämän erilaisuuden taustalla järjestelmien eron: common law -tuomari ”seisoo fact-findingin linnoituksen portilla” valvomassa, että lopulliselle factfinderille eli jurylle päästettävällä informaatiolla on riittävä kognitiivinen potentiaali. Informaation välittäjän luotettavuus ei kuulu hänelle, vaan yksin jurylle. Tuomari ei esimerkiksi voi evätä todistajaa ”epärelevantina” pitäessään tätä epäuskottavana. Mannermaalla tuomarien ei tarvitse keskittyä informaation todistusarvoon, lukuun ottamatta tiedon välittäjän uskottavuutta. Ja kun viestin todistusarvo ja sen välittäjän uskottavuus harkitaan yhdessä, tarve tuoda esille nämä kaksi näytön aspektia vaikuttaa hedelmättömältä teoreettiselta mielijohteelta. Damaška näkee common law’n mukaisella klassisella menettelyllä – informaation todistuspotentiaalin ja sen välittäjän luotettavuuden arvioimisella eri henkilöiden toimesta – laajempaakin merkitystä todistusoikeudelliselle ajattelulle. Juristit kiinnittävät huomionsa judisiaalisiin informaation todistusarvoa koskeviin päätöksiin, ja huomion kiinnittäminen tähän korostaa niiden päättelyketjujen

907 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71. Myös tässä käy ilmi paenultima probandumille annettu erityishuomio. Näyttöarvon määrittely on kuitenkin harkittava samalla tavoin väliportailla olevien väitteiden osalta.

908 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 247.

tärkeyttä, jotka johtavat erillisistä seikoista jutun faktoihin (facts in issue). Tämä tapa ohjaa oikeudellista kiinnostusta näytön ”atomistiseen” lähestymistapaan. Tätä suuntautumista vahvistaa se tärkeys, jolla common law:ssa suhtaudutaan näyttöä koskevan argumentaation strukturoimiseen juryn huoneessa. Lopputulos on, että näyttökysymysten atomistinen analyysi valtaa merkittävän aseman, jolla on taipumus työntää varjoon todistusharkintaratkaisun psykologiset aspektit. – Mannermaiset juristit taas lähtevät siitä prosessuaalisesta lähtökohdasta, että factfinder harkitsee normaalisti informaation inferentiaalisen vaikutuksen vasta todistelun päätyttyä; tällöin informaation todistusarvo ja sen välittäjien luotettavuus arvioidaan yhdessä. Todistusharkinta keskittyy enemmän kokonaisvaltaisiin arviointeihin ja sisältää myös intuitiiviset reaktiot käyttäytymiseen liittyvään näyttöön. Siten atomistiset lähestymistavat todisteluun eivät esiinny siinä määrin mannermaan tuomioistuimissa kuin common law -ympäristössä, ja teoreettinen näytön harkinta keskittyy enemmän todistusharkinnan kokonaisuuteen, johon kuuluvat myös psykologiset osatekijät.⁹⁰⁹

6.10 Näytön robustius sekä paino (weight) todistelutilanteen kredentiaaleina

6.10.1 Johdantoa ja määrittelyjä: mitä on robustius ja mikä on weight. Cohenin robustius? (ceteris paribus)

Kysymystä näyttöaineiston täydellisyydestä voidaan tarkastella sekä asianosaisille asetettuna taakkana hankkia mahdollisimman kattava todistusaineisto että tuomioistuimen kannalta todistusharkintakysymyksenä, kun näyttö on koossa. Asianosaisen taakkana siitä voidaan käyttää nimitystä selvittämisvelvollisuus, velvollisuus hankkia mahdollisimman kattava todistusaineisto. Tämä taakka ja todistustaakka lankeavat useimmiten samalle asianosaistaholle, ja niillä on muutoinkin paljon yhteistä – jopa niin, että toiset tutkijat arvioivat taakkoja ja niissä onnistumista samalla asteikolla. Velvollisuus tai oikeus huolehtia aineiston riittävästä robustiudesta voi koskea kuitenkin myös tuomioistuinta. Erityisen tarpeen tämä voi olla silloin, kun tarvitaan erityisasiantuntemusta esimerkiksi lääketieteen tai tekniikan aloilta. Jäljempänä näkökulma avautuu pääosin tuomioistuimen todistusharkinnasta käsin. Tällöin näytön robustiutta voitaisiin käsitellä yhtenä todistelutilanteen kredentiaalina.⁹¹⁰ Se on kuitenkin muihin verrattuna erityisasemassa, sillä sen merkitys ei välttämättä rajoitu

909 Damaška 1997, s. 55 – 57. Damaška viittaa atomistisuuden kohdalla siihen, että tilastonäytön yhä enenevän käytön kannustamana tämän lähestymistavan probabilistiset muunnelmat ovat tuottaneet valtavan määrän kirjallisuutta. Hän viittaa tässä suoraan pascaliaanien ja baconiaanien koulukuntiin.

910 Niinpä Strandberg 2012, s. 55 -56 nimittääkin robustiutta todistustilanteen laadun mittariksi.

todistusaineiston samanlaiseen sisältöanalyysiin kuin muiden kredentiaalien, vaan se voi ulottaa vaikutuksensa jo todistelumenettelyyn. Todistelumenettely on, ainakin teorian tasolla, omalaatuisesti kytköksissä todistusharkintaan, koska käsillä olevan aineiston kattavuuden arviointi saattaa johtaa ”taaksepäin,” lisänäytön hankkimiseen ja todistelumenettelyn laajentamiseen tai siihen palautumiseen. Nykyisen pääkäsittelyyn keskittyvän todistelumenettelyn aikana tämä tapahtunee harvoin muuten kuin muutoksenhaun yhteydessä.⁹¹¹

Ajatus siitä, että mitä täydellisempi näyttöaineisto on, sitä parempi pohja tuomarilla on todistusharkintaan, on vanha.⁹¹² Esimerkiksi tuomioistuimella vanhastaan oleva oikeus määrätä säädetyissä rajoissa lisänäyttöä esitettäväksi voidaan nähdä suoraan näytön kattavuusvaatimuksen ilmentymänä. Tämä oikeus juontaa juurensa inkvisitorisesta prosessista. Abstraktisen robustiuden yleinen ominaisuus kuitenkin on, että tuomarilla ei ole kattavaa näkemystä siitä täydellisestä todistusaineistosta, joka olisi voitu esittää.⁹¹³

Aineiston täydellisyys eli⁹¹⁴ kattavuus, jäljempänä robustius, teoreettisena käsitteenä on kuitenkin ehkä eräs todistusoikeuden tuoreimmista, ja se on tällä hetkellä erityisen mielenkiinnon kohteena. Kysymys on siitä, miten vakaa, ”horjumaton” (robust)⁹¹⁵ näyttö on teemastaan siinä mielessä, onko saatavissa

911 Vrt. kuitenkin OK 6:10.1, jossa eräänä käräjäoikeuden pääkäsittelyn lykkäämisperusteina mainitaan tilanteet, että tuomioistuimen tietoon on tullut uusi tärkeä todiste, joka voidaan ottaa vastaan vasta myöhemmin, tai että lykkääminen on ennalta arvaamattoman seikan johdosta tai muusta tärkeästä syystä on välttämätöntä. Kumpikin peruste saattaa soveltua robustiusvajeen tilanteeseen.

912 Esimerkiksi Bolding 1951, s. 104. Robustiuden merkitykseen viittaa myös Cohen ainakin kahtaalla. Cohen 1977 s. 83: ”Näyttää siltä, että käytännössä rikosoikeudenkäynnin näytön arvioimiseen tarvitaan luettelo eri kohdista, jotka kaikki on näytettävä toteen, ja kaikista erilaisista sivupoluista, jotka kaikki on tukittava, suhteessa rikoksen kaikkiin elementteihin, jos syyllisyys on näytettävä toteen beyond reasonable doubt -standardilla. Mistä sellaisen luettelon sitten laadimmekin, matemaattisen todennäköisyyden asteikko näyttää aivan turhalta. Näytön vahvuus riippuu vain siitä, missä määrin tuo luettelo on katettu.” Samoin hän s. 120 mainitsee eräänä mahdollisena perinteisen judisiaalisen todistelun virhelähteenä, että johtopäätös, joka vaikuttaa järkevältä esitetyn näytön valossa, saattaa tuomioistuimen tietämättä olla väärä siitä syystä, että näyttöä on ollut liian vähän käytettävissä. Tämän mahdollisuuden hyväksyminen on väistämätöntä adversariaalisessa oikeusjärjestelmässä, toisin kuin inkvisitorisessa. Jos oikeuden kaiken voitettava tavoite olisi saada selville koko totuus relevantista menneisyydestä, näyttötuomarilla tulisi olla valta kutsua omat todistajansa ja ehkä myös käyttää omia tietojansa, joka ei ole oikeuden pöydällä. Juuri tämän adversariaalinen järjestelmä kieltää, koska se näkee tuomarin välittäjänä näyttövoimakilpailussa eikä menneisyyden tieteellisenä tutkijana, Cohen toteaa.

913 Strandberg 2012, s. 586.

914 Dahlman 2018, s. 152 – 153 erotelee vielä näytön täydellisuuden ja näytön robustiuden. Nämä voivat olla kaksi eri asiaa. Dahlmanin esimerkkinä on tilanne, jossa näyttö antaa todistusteemalle vahvaa tukea ja esitutkinnassa on laiminlyöty joitakin tavallisia rutiiniseikkoja, joilla kuitenkin on vähän merkitystä kyseisessä tapauksessa käsillä olevasta selvityksestä johtuen. Tällöin selvitys voi olla riittämätöntä täydellisyysvaatimuksen kannalta, koska puute liittyy normaalitutkimukseen, mutta samalla se voi olla riittävän robustia, koska näyttö on niin vahvaa, ettei tutkimatta jättäminen kuitenkaan vaikuttaisi siihen. – Jätän kuitenkin tämän erottelun syrjään.

915 Termi ”robusthet” lienee pohjoismaissa Ekelöfin käyttöönottona: Diesen 1994, s. 100, ja Dahlman 2018, s. 152; samaan suuntaan Andersson 2016 s. 203. Vrt. Jonkka 1991, s. 42 antaa kunnian Lindellille 1987, joka käsittelee *ilmiötä* laajastikin (s. 350 – 359). Tosin ainakaan vielä Rättegång IV-oppikirjansa korjatussa 4. painoksessa 1977 Ekelöf ei mainitse robustiutta eikä edellä mainittuja ongelmanasetteluja, vaikka hän käsittelee melko laajasti s. 53 – 56 tuomioistuimen oikeutta ja velvollisuutta hankkia lisänäyttöä. Myöskään 1982 -versiosta (5. painos) en robustiutta löydä; ks. s. 22). Sen sijaan vuoden 1995 (1992) laitoksessa (6. painos)

sellaista lisätodistelua, joka voisi vaikuttaa teemaa koskevan näytön näyttöarvoon eli vahvuuteen, jos se esitettäisiin; toisin sanoen, jos vielä olisi olemassa lisänäyttöä, esimerkiksi enemmän todistajia, vaikuttaisivatko nämä enää kyseisen teeman todistelun tulokseen.⁹¹⁶ Kuvaava ilmaisu on myös anglosaksisessa teoriassa käytetty ilmaisu (esitetyn) näytön ”vastustuskykyisyys” eli resilienssi.⁹¹⁷ Robustiuden astetta voidaan nimittää myös selvittämisen asteeksi. ”Selvittämisen” on kuitenkin moniselitteinen käsite, ja pyrin välttämään sitä robustiuden synonyymina. Joka tapauksessa Heuman on ottanut käyttöön termin selvittämistäakka (utredningsbörda).⁹¹⁸ Omaan taakkaan liittyy myös oma kynnyks, selvittämiskynnyks, kun robustius halutaan pitää erillään näyttökynnyksestä. Pölösen määritelmässä käy ilmi robustiuden kiinteä yhteys Pölösen kannattamaan (Diesenin) hypoteesiteoriaan, mikä ei suinkaan ole käsitteelle välttämätön kvalifikaatio:⁹¹⁹

”Selvittämiskynnyksellä tarkoitetaan sitä, että tuomioistuin voi edellyttää *kattavampaa* selvitystä rikosasiaan oikeusturvaintressin korkeasta painoarvosta johtuen, jos oikeudenkäyntiaineisto herättää kysymyksiä vaihtoehtoisista tapahtumainkulku- mahdollisuuksista. Kyse on nimenomaan näytön kattavuudesta (laajuudesta) eikä niinkään näytön vahvuudesta tai ’korkeudesta’ näyttökynnyksasteikolla.”⁹²⁰

Edellä oleva määritelmä koski rikosasioita. Robustiuden käsitettä ei ole mitenkään välttämätöntä rajata niihin.⁹²¹ Tosin jäljempänä käy ilmi, että robustiudella

Ekelöf – Boman jo selostavat robustiutta sisällöltään määritelmän mukaisesti, mutta hiukan oudolla introlla (aputositseikkojen pohjalta lähtien); Ekelöf – Boman 1995, s. 128 – 129. Viittaus kohdistuu kahteen Ekelöfin artikkeliin vuodelta 1988; ”se emellertid även Lindell s. 167 f. och 353 ff.”). Termin alkuvaiheista Ruotsissa Diesen 1994, s. 29 alaviite 1 ja s. 105 – 106.

Suomenkieliseksi vastineeksi on käsittäkseni yritetty lanseerata termiä ”näyttökyläisyys”. Tämä vaikuttaa keinotekoiselta. Ihminen voi olla kyläinen, näyttö tuskin. Ei näyttö tule ”kyläiseksi”, korkeintaan kyllästetyksi, jos lisänäyttö ei enää vaikuta siihen. Erikoisin ilmaisu on ollut ”näyttökyläisyyden kasvattaminen”. Mitään estettä ei ole puhua kattavuudesta tai vakaudesta eikä edes robustiudesta – puhutaanhan konvergenssistä, adversariaalisuudesta ja muista suoraan suomeen muodostelluista termeistä – ja vaikkapa övervikt-periaatteesta. Mahdollinen olisi kaiketi myös robustisuus. Käännös ”horjumattomuus” ei ole hyvä, koska siihen voi sisältyä mielikuva siitä, että kysytään pelkästään näytön nykyistä vahvuutta heikentävää näyttöä: horjuttaminen voidaan ymmärtää keinoksi tai yritykseksi kaataa. Kuitenkin uusi näyttö voi yhtä hyvin olla laadultaan sellaista, että se vahventaa todistelutilanteessa jo käsillä olevaa näytön todennäköisyyttä.

916 Heuman 2005, s. 60; Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 187 – 189; Strandberg 2012, s. 55 – 56.

917 Dahlman 2018, s. 152.

918 Näin toteaa Andersson 2016, s. 203 – 204.

919 Tästä yhteydestä esimerkiksi Frände 2017, s. 734 – 735. Frände, joka on hypoteesimetodin kannattaja, käsittelee näytön robustiudelle asetettavia vaatimuksia vaihtoehtohypoteesin luomisen edellytyksenä.

920 Pölönen 2003, s. 81. Kursivointi Pölösen.

921 Strandberg 2012, antaessaan teokselleen nimen ”Beviskrav i sivile saker” käsittelee silti laajasti näytön robustiutta. Indispositiivisissa riita-asioissa, joissa tuomioistuimella usein on inkvisitorisväritteen rooli, robustius onkin esillä. – Ekelöf – Boman 1995 s. 128 katsovat, että robustiudella lienee ylipäätään suurin merkitys rikosasioissa.

ei liene paljon jalansijaa dispositiivisissa riita-asioissa – eikä rikosasioissakaan yleensä⁹²² syytetyn haitaksi.

Sen jo robustiuden määritelmään liittyvän seikan kysyminen, onko saatavissa muuttavaa lisänäyttöä, sisältää tavallaan edellytyksen dynaamisuudesta: näytön *ei tarvitse* vielä olla ”tässä”. Edellä tässä jaksossa otinkin tällä perusteella todistelutilanteen käsitteen käyttöön laajempaan kuin Kolflaath⁹²³ eli pelkästään staattista koko näytön lopputuloshetkeä kuvaavana. Myös samalla kuvatut Strandbergin termit totaali- ja ideaalinäyttötilanne⁹²⁴ sopivat tämän laajan version yhteyteen.

Robustiuden käsitteen liittäminen *näyttöön* voi olla jossain määrin epätarkkaa. *Esitetty näyttö* ei sinänsä muutu miksiäkään, vaikka lisänäyttöä löydetäisiinkin ja se esitettäisiin; myöskään *sen* todennäköisyysaste tai vahvuusaste ei muutu siitä miksiäkään.⁹²⁵ Se, mikä muuttuu, on näytön kokonaisvahvuus⁹²⁶ silloin, kun lisänäyttö on lisätty: esitetty ja harkittu yhdessä aikaisemman ”taseen” kanssa. Sitä paitsi kokonaisnäytön robustiuden lisäksi voidaan puhua *probandumin* robustiudesta: onhan teema robusti jos se on todistettu robustilla näytöllä.

Ekelöf – Bomanin lähtökohta oli, että robustiuden arviointi sisältyy näytön arviointiin ja tapahtuu siis samalla kertaa. Jos esitetyn aineiston perusteella tiedetään, että on olemassa lisää näyttöä, sellaiseen näyttöön tosin ei voida kiinnittää huomiota, koska ei tiedetä, tukeeko se syytetä vai puolustusta. ”Men blotta existensen av annan bevisning sänker det bevisvärde, som uppnåts i målet. Däremot bör man kunna frikänna på en i denna mening osäker bevisning.”⁹²⁷

922 OK 17: 7:n mukaan tuomioistuin voi asian laadusta riippumatta hankkia asiantuntijalausunnon. Tällaisesta tilanteesta näyttää olleen kysymys ennakkopäätöksissä KKO 2019:54 (ks. esittelijän Teemu Vanhasen ja eri mieltä olleen jäsenen Päivi Hirvelän lausunto) sekä KKO 2019:55 kohta 22.

923 Kolflaath 2013, s. 61 – 64.

924 Strandberg 2012, s. 537 – 542.

925 Sekin voi kyllä muuttua, jos lisänäytön vuoksi ”vanhan” näytön elementtejä eli todisteita päädytään arvioidaan niitäkin uudelleen, ”uudessa valossa”. Tämä voi tapahtua esimerkiksi tilanteissa, joissa lisänäyttö sisältää vanhankin näytön uskottavuuteen vaikuttavia seikkoja, kuten aputosiseikkoja, tai seikkoja, jotka asettavat vanhan näytön seikat aineellisesti tuohon uuteen valoon – esimerkiksi selittävät niitä, kuten motiivin paljastuminen rikosasiassa.

926 Strandberg 2012, s. 542 – 543 puhuu tässä todennäköisyysasteen muuttumisesta. Hän tarkoittaa tällä (kokonais)näytön vahvuutta (bevisverdi, s. 544). Lisänäyttö voi käsittääkseni episteemisen todennäköisyyden lisäksi vaikuttaa esimerkiksi kokonaisnäytön relevanssiin – paljastuukin kokonaan eri tekijä, ja vanhalta näytöltä putoa pohja pois. – Strandbergin ilmaisu vastaa toisaalta bayesianista a posteriori -todennäköisyyttä.

927 Ekelöf – Boman 1995, s. 128 – 129. Tähän näyttöä liittyvän se kuriositeetti, josta teoksen uudistaja Boman mainitsee verhotusti s. 6. Hän – suluissa ”utg.” – on lisännyt tähän kohtaan alaviitteeseen 20 huomautuksen, että siinä tilanteessa, kun langettavan tuomion näyttökynnys on saavutettu ja on tiedossa, että on vielä lisänäyttöä *syytetyn syyllisyyden tueksi*, puuttuvalla robustiudella ei tietysti ole merkitystä. Lisäksi sen seikan, että tutkintaa ei ole viety niin pitkälle kuin mahdollista (syytetyn tunnustettua lieväköön rikoksen ja jo esitetyn näytön tuossa tunnustusta), ei tule olla esteenä rikoksen syyksilukemiselle. Kursivointi ”utg.”. – Ensimmäiseen – *Bomanin* – väitteeseen replikoi vuorostaan Diesen 2015, s. 177 – 178 huomauttamalla, että tuollainen syytetä tukeva lisänäyttö kaventaa mahdollisuutta luoda vaihtoehtohypoteeseja, joten sillä on merkitystä. Siksi on virheellistä mitätöidä sen merkitys.

Lindell ja Diesen taas katsovat, että kumpikin tekijä, näytön todennäköisyys ja robustius, on otettava huomioon omana itsenään.⁹²⁸ Todistus- ja selvittämistaakka on siis myös heidän mukaansa pidettävä erillään. Diesenin näkemys näyttö- ja selvittämiskaavan suhteesta on, että näyttövaatimuksen edellytetään olevan vakio, selvityskaava vaihtelee.

Andersson toteaa, että selvittämistaakka on usein samalla asianosaisella kuin todistustaakka, mutta se voi olla myös vastapuolella jutussa, jossa tämän on yksinkertaisempaa tuoda näyttöä esille. Hän katsoo Dieseniin liittyen, että robustiuden ja näytön vahvuuden käsittelyllä kahtena eri vaiheena on se etu, että se on yksinkertaisempaa.⁹²⁹

Diesen 1994 on katsonut kysymyksessä olevan informaatio-ongelma, kysymys käytettävissä olevan näyttöaineiston suhteesta kaikkeen tai optimaaliseen aineistoon. Voidaan myös puhua argumentaation painavuudesta: seikan todennäköisyyttä koskevan tiedon varmuus riippuu tutkittujen muuttujien lukumäärästä, eli mitä useampia todisteita voidaan ottaa huomioon, sitä suuremmaksi kasvaa erotus sen hyväksi, että tuomio on oikea.⁹³⁰ Uusi todiste lisää todistelun kattavuutta, sitä pohjaa jolta ratkaisu joudutaan tekemään, mutta se voi lisätä, vähentää tai vahvistaa ennen sen esittämistä vallinnutta teeman todennäköisyyttä.

Strandberg kuvaa robustiutta mittavälineeksi arvioida näyttötilanteen laatua – erotukseksi todennäköisyydestä, jossa kysymys on siitä, miten hyvin todistettu tietty väite on tiettyssä näyttötilanteessa. Todisteilla h_1 , h_2 ja h_3 esitetyn näytön perusteella tosiseikkaväite on robusti, jos todisteet h_4 ja h_5 eivät enää muuttaisi sen todennäköisyyttä tai vaikuttaisi siihen.⁹³¹ Mahdollinen puuttuva lisänäyttö voi vaikuttaa todistelutulokseen eli teemana olevan väitteen paikkansapitävyyteen sitä vahvistavasti tai heikentävästi. Jokainen todiste, joka lisää teeman todennäköisyyttä, lisää myös sen weight'iä, mutta jokainen todiste, joka lisää sen weight'iä, ei välttämättä lisää sen todennäköisyyttä. Vaikka lisänäyttö esitetään, sen ei tarvitse välttämättä vaikuttaa teemana olevan väitteen todennäköisyyteen lainkaan, joko vaikuttamatta kumpaankaan suuntaan tai sitten vaikuttamalla samalla kertaa sekä probandumin todennäköisyyttä lisäävästi

928 Lindell 1987, s. 353; Diesen 2015 s. 177. Lindell huomauttaa, että selvityksen määrän ja arvioinnin laadun välillä olisi yhteys, mutta selvityksen määrä ei sellaisenaan vaikuta mahdollisuuteen saada *frequentisestä* näkökulmasta katsoen korkeaa näyttöarvoa ja samalla korkeaa näyttövaatimusta (kursivoinnit Lindellin). Diesen 2015 s. 177 hyväksyy kyllä tämän. Hän itse s.175 lähtee siitä, että näyttökynnys on konstantti mutta selvityksen määrä vaihtelee. Käsitteiden erilaisuus ei tarkoita, että niiden arvioiminen voitaisiin erottaa toisistaan: näytön laadulla ja selvityksen määrällä on välitön yhteys. Hän kysyy, voidaanko ne yhdistää samaan näyttöarviointimalliin vai onko välttämätöntä tai toivottavaa erottaa ne kahdeksi vaiheeksi oikeuden harkinnassa – ja päätyy kannattamaan niiden käsittelyä erikseen, esimerkiksi s. 177. Eräs syy on juuri informaatio-ongelma: robustiutta ei voida ilmaista numeroarvoilla.

929 Andersson 2016, s. 204.

930 Diesen 1994 s. 29. Hän viittaa Ekelöfiin eli tässä kaiketi teokseen Ekelöf – Boman 1992, s. 128.

931 Strandberg 2012, s. 55 – 56 ja 542.

että sitä vähentävästi⁹³²; tällöin vain probandumin robustius kasvaa. Se saa lisää Keynesin ”painoa”, eli weight’ia.⁹³³ Strandberg määritteleeikin lisäksi, että robustiudessa on tarkemmin sanoen kysymys siitä, miten hauras, horjuvainen (skjør) todennäköisyysaste on uusien todisteiden suhteen; aste on vähemmän hauras, kun (lisä)todiste on esitetty, koska tällöin on olemassa vähemmän uusia todisteita, jotka voivat muuttaa astetta.⁹³⁴

Strandberg esittää kaksi esimerkkiä robustiuteen liittyen. Ne liittyvät lähinnä juuri mainittuun pohdiskeluun, mutta käytän niitä myöhemmin hyväksi arvioidessani robustiuden käytännön toteuttamista ja merkitystä. Esimerkit ovat hiukan lyhennettyinä seuraavat:⁹³⁵

1. Tiedetään, että tapahtumapaikan lähellä oli ollut todistaja. Hänet etsittiin esiin, mutta osoittautui, että hän oli sokea eikä sen vuoksi osannut kertoa mitään tapahtumista.

2. Yksinäinen asunto rakennusalueella on tuhoutunut tulipalossa. Omistaja on vaatinut korvausta vakuutusyhtiöltä, mutta yhtiö on löytänyt jonkin verran teknistä näyttöä siitä, että omistaja olisi sytyttänyt tulipalon, ja lisäksi yhtiö näyttää, että poliisi on suorittanut ovelta ovelle kyselyn kaikilta naapureilta ja tiedustellut, olivatko nämä nähneet tai kuulleet tuona yönä mitään epäilyttävää. Kaikki naapurit olivat kertoneet nukkuneensa koko yön eivätkä siksi olleet voineet antaa tietoja, jotka olisivat vaikuttaneet sen todennäköisyyteen, että omistaja oli sytyttänyt tulipalon.

Strandberg toteaa ensimmäisestä esimerkistä, että sokean kertomus ei vaikuta (teeman) todennäköisyyteen, mutta se tekee todennäköisyyden kuitenkin vähemmän epävarmaksi, koska on eliminoitu mahdollinen syy siihen, että todennäköisyys muuttuu toisenlaiseksi. Toisesta esimerkistä hän lausuu, että vaikka poliisin tutkinta oli eräässä mielessä arvolonta, se seikka, että oikeus sai tietää poliisin suorittaneen toimenpiteen, tekee todennäköisyyslausuman varmemmaksi, koska oikeus oli saanut informaatiota sellaisesta, mikä olisi voinut muuttaa todennäköisyyttä, mutta ei tässä tilanteessa tehnyt sitä. Potentiaalinen syy todennäköisyyden muuttamiseen on eliminoitu. Tämä osoittaa Strandbergin mukaan, että on relevanttia saada tietää, että tietty todistelutoimi on suoritettu, vaikka tämä informaatio ei vaikutakaan todennäköisyyden asteeseen.⁹³⁶

932 Strandberg 2012, s. 521: ”...trekker i ulike retninger og dermed utligner hverandres innflytelse på sannsynligheten”.

933 Strandberg 2012, s. 521.

934 Strandberg 2012, s. 56 ja 521.

935 Strandberg 2012, s. 521 – 522. Tapauksista voi panna merkille, ettei niissä kerrota, oliko kysymys lopulta riita- vai rikosprosessista.

936 Strandberg 2012, s. 521 – 522.

Kokonaan eri linjoilla ehkä perinteisiksi muodostuneisiin näkemyksiin verrattuna on **Jerkø**. Hän on suunnannut kritiikkinsä erityisesti Strandbergiin, mutta kritiikki koskenee yhtä lailla muita samankaltaisia ajattelijoita. Jerkø lähtee siitä, että Strandbergin määritelmä-esimerkissä $E_{1...5}$ ei lainkaan etukäteen tiedetä, mitä lisätodisteet E_4 ja E_5 vaikuttaisivat probandumin robustiuteen: ellei niitä esitetä ja arvioida, miten voidaan sanoa, että todisteiden $E_{1...3}$ näyttö on robustia eikä horju? Vasta E_4 :n ja E_5 :n huomioon ottamisen jälkeen voidaan tästä robustiudesta puhua. Jerkø:n mukaan ainoa tilanne, jolloin niin voitaisiin tehdä noteeraamatta todisteita E_4 ja E_5 , olisi se, että nämä kaksi todistetta olisivat irrelevantteja probandumille.⁹³⁷

Jerkø teila myös kokonaan Strandbergin ajatuksen siitä, että probandumin todennäköisyyden arvio muuttuisi varmemmaksi (saisi lisää Keynesin ”painoa”) lisätodisteen esittämisellä silloinkin, kun tuo todiste osoittautuisi merkityksettömäksi probandumille.⁹³⁸

Ymmärtääkseni kysymyksessä näyttää olevan erimielisyys siitä, mitä Keynesin käsitteellä *weight* oikeastaan tarkoitetaan. Jerkø viittaa kantojensa tueksi Keynesin lausumaan:

”Weight cannot, then, be explained in terms of probability. An argument of high weight is not ‘more likely to be right’ than one of low weight.”⁹³⁹

Tarkemmin ottaen kysymys näyttäisi olevan siitä, voidaanko todella asettaa yhtäläisyysmerkit ensinnäkin Keynesin *weight*-käsitteen ja robustius-käsitteen välille, kuten Strandberg näyttäisi tekevän, ja todennäköisyyden ja *weight*-käsitteen välille, kuten Jerkø:n mukaan Strandberg näyttäisi tekevän.⁹⁴⁰ Tämä debatti jää minulta ratkaisematta. Käsittelen Keynesin *weight*’ia erikseen myöhemmin.

Käytännön tuomioistuintyön kannalta totean Strandbergin esimerkkien ja Jerkø:n kritiikin pohjalta kuitenkin sen notorisen tosiseikan, että esitutkinnassa joudutaan tekemään paljonkin paikka- ja muuta tutkintaa (”ovelta ovelle”), joka osoittautuu tuloksettomaksi. Tutkintavaiheessa sen tekeminen on relevanttia,⁹⁴¹ ja tuomioistuimen todistusharkinnassa *sen tekemistä koskeva informaatio* on relevanttia, kun robustisuutta kysytään. Probandumin todennäköisyyttä

937 Jerkø 2017, s. 389 – 393. Jerkø:n kritiikki vaikuttaa mielestäni hiukan turhan ankaralta, sillä myös Strandberg käyttää laajassa robustiuden selvityksessään välillä kieltä niin, että se käsittää myös E_4 :n ja E_5 :n esittämisen jälkeisen tilanteen (”ex post”).

938 Jerkø 2017, s. 386 – 388. Hän myöntää, että Strandbergin jälkimmäisessä (yöllisen tulipalon) esimerkissä informaatio poliisin tutkimuksen tuloksesta on relevantssin rajamailla, mutta ”relevansen er svært tvilsom”. Jerkø analysoi tilanteita, joissa se voisi olla relevantti.

939 Jerkø 2017, s. 393. Sitaatti on John Keynesin teoksesta *A Treatise of Probability*, Watchmaker Publishing 2007, s. 74.

940 Jerkø 2017, ainakin sivulla 393 näyttäisi samaistavan robustiuden ja *weight*-käsitteen.

941 Strandberg 2012, s. 521, ei kerro yöllisen tulipalonsa esimerkissään, käyttiinkö oikeutta loppujen lopuksi riita- vai rikosasiana.

sen tuloksettomuus (esimerkeissä kuvatuissa olosuhteissa) ei lisää eikä vähennä, mutta tietoisuus tutkimuksen suorittamisesta antaa näyttötuomarille oikeuden katsoa ratkaisunsa olevan enemmän ”safe” kuin se olisi ilman tuota informaatiota.

Todistusharkintateoriat suhtautuvat kattavuuteen eri tavoin, kuten jäljempänä tarkemmin käy ilmi. Bayesin teoreemaan perustuvat matemaattiset teoriat eivät anna robustiudelle merkitystä.⁹⁴² Teemametodin edustaja Lindell⁹⁴³ ei noteeraa sitä ja katsoo, että tuomioistuimen tulee pitää jutussa esitettyä näyttöaineistoa täydellisenä näyttöaineistona. Induktiivinen teoria taas noteeraa robustiuden: induktiivinen todennäköisyysaste ilmaisee todennäköisyyden ohella myös sen, miten suuri todistusaineiston täydellisyys tietyn tosiseikkaväitteen tueksi on olemassa, kun käsillä on määrätyt todisteet.⁹⁴⁴

Cohen ei nimenomaisesti määrittele robustiutta, mutta käsittelee sitä induktiivisen teoriansa esittelyssä. Hänen teoriansa eräs piirre on *ceteris paribus* -olettaja. Jos lähtökohtana on, että aina kun on R, on S, S voidaan varmuudella päätellä tarjolla olevasta näytöstä ”olettamalla, että kaikki muut tilanteen olosuhteet ovat aivan normaaleita. Nollasta poikkeavan induktiivisen todennäköisyyden määrittäminen voidaan sen vuoksi selittää tämän olettan arviointina. Mitä korkeammalla asteella todennäköisyys on, sitä heikompi *ceteris paribus* -olettaja voi olla – se on, sitä vähemmän sisältää täytyy ”pakata” tähän olettamaan, koska itse näytöstä voidaan todeta enemmän. Niinpä alhaiset väitettä suosivat todennäköisyydet perustuvat relevantin näytön puutteellisuuteen eivätkä epäsuotuisan näytön vahvemuuteen. Jos $p_1[S, R]$ on suurempi kuin nolla muttei mitenkään suuri, silloin R:ää tulee pitää suhteellisen epäinformatiivisena S:stä, ei suhteellisen epäsuotuisena S:lle.” Cohen katsoo tässä olevan melko suuri ero väitteiden matemaattisen ja induktiivisen todennäköisyyden välillä. Funktio $p_M[S, R]$ määrittää asteen, miten suotuisa näyttö R:stä on S:lle, olettaen että otetaan huomioon pelkästään R, katsomatta siihen, miten suuren tai pienen osuuden R pystyy kertomaan kaikista relevanteista faktoista. Kuitenkin $p_1[S, R]$ asteittaa sen osuuden tosiasiallisen laajuuden, joka on kaiken kaikkiaan suosiollinen S:lle ja on se, mitä R kertoo.⁹⁴⁵

Lindell⁹⁴⁶ suhtautuu skeptisesti Cohenin *ceteris paribus* -olettamaan. Hänen mukaansa informaation ongelmaa ei voida ratkaista muodollisella todennäköisysharkinnalla: on vaikea arvioida sitä, kuinka paljon ei tiedä ja mitä ei

942 Strandberg 2012, s. 138 – 139.

943 Lindell 1987, s. 358. Hän viittaa kantansa tueksi myös Ruotsin lainvalmisteluaineistoon.

944 Strandberg 2012, s. 149.

945 Cohen 1977, s. 212. – Strandberg 2012, s. 148 esittää induktiivisen todennäköisyyden lausekkeella $p[H,E] = i/n$ eli tosiseikkaväitteen läpikäymien testien (i) suhteena niiden testien kokonaismäärään (n), jotka ovat relevantteja tosiseikkaväitteelle.

946 Lindell 1987, s. 355 – 356.

tiedä. Miten tilanteen ”normaalisuus” arvioidaan? Normaalisuusolettama johdattaa todistusharkinnassa vaaralliseen mielivaltaan.⁹⁴⁷ Vakavin väite Lindellillä on kuitenkin se, että Cohenin ”induktiivinen todennäköisyys” ei ole sopusoinnussa sen oikeudellisen periaatteen mukaan, että oikeuden tulee tuomita vain oikeudenkäyntiaineiston perusteella.

6.10.2 Robustiuden merkityksestä oikeudenkäynnissä

6.10.2.1 Johdantoa

Robustiuden kysymyksenasettelu on alun perin liitetty erityisesti rikosprosessiin: onko syyttäjä hankkinut kaiken asiaan vaikuttavan näytön, mutta myös tilanteisiin, joissa on esitetty vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja. Näytön lujuudesta voidaan kuitenkin puhua yhtä hyvin myös siviiliprosessissa. Ongelmana tällöin dispositiivisessa riita-asiassa on, että asianosaiset saavat määrätä yleensä todistelusta ja sen määrästä, ja oikeuden voi olla vaikeata noteerata puuttuvaa lujuutta ratkaisussaan.⁹⁴⁸

Näytön robustiuteen liittyy teoreettisesti merkityksellisiä аспектеja. Yleishavaintona voi kuitenkin sanoa, että kysymys robustiudesta tulee käytännössä esiin harvoin. Saattaa olla niin, että käsite on saanut oikeuskirjallisuudessa huomiota mitassa, joka suuresti ylittää asian merkityksen. Skeptisyyteni perustuu lähinnä siihen, että tuomioistuimen rooli robustiudesta huolehtimisessa rajoittuu kovin kapealle sektorille. Dispositiivisissa riitajutuissa se ei todellisuudessa tule juuri kysymykseen, ja rikosjutuissa tuomioistuin voi määrätä näyttöä hankittavaksi vain⁹⁴⁹, jos se ”todennäköisesti ei tue syytettä” – tällöin olisi ilmeisesti kysymys puolustuksen laiminlyönnin tai syyttäjän puuttuneen objektiivisuuden korjausliikkeestä. Luonnollinen lähtökohta on, että uudella todisteella olisi relevanssia. Tällöin se käytännössä saisi vaikuttaa vain syytetyn eduksi.

Kysymys näytön kattavuudesta ja varsinkin puutteen korjaamisesta on läheisessä yhteydessä myös siihen, noudatetaanko oikeudenkäynnissä tutkinta- vai käsittelymenetelmää ja missä määrin. Inkvisitoriselle menetelmälle on ominaista virallistoimintoisuus eli -periaate. Päävastuu asian selvittämisestä on tuomioistuimella, ja tähän liittyy luontevasti tuomioistuimen suuri vapaus ja

947 Lindell 1987 s. 357 tarkoittaa tällä sitä, että pelkät ”aavistukset” tilanteen epänormaalisuudesta ilman esitettyn aineiston tukea eivät saa vaikuttaa todistusharkintaan, eikä tiedolla konkreettisesta todistusosiseikasta, jota ei ole esitetty, saa olla vaikutusta. Sellainen menettely ei ole myöskään käsittelymenettelyn periaatteen kanssa sopusoinnussa.

948 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 334 pohtii, missä määrin todisteista disponoiminen tarkoittaa samaa kuin totuudesta disponoiminen. – Käsittääkseni tämä voikin olla ongelma, mutta sen ei tarvitse tulla esille pelkästään todistelussa – jo kanteen ja vastauksen muotoilemisessa voidaan disponoida.

949 Tärkeänä poikkeuksena on kuitenkin OK 17:7:n viimeinen lause eli asiantuntijalausannon hankkiminen tuomioistuimen omasta aloitteesta asian laadusta riippumatta.

aktiivisuus uuden näytön hankkimiseen. Sen sijaan akkusatorisessa menetelmässä päävastuu asian selvittämisestä ja myös näytön hankkimisesta on asianosaisilla. Tällöin tuomioistuimen aloiteoikeutta uuden näytön hankkimiseen on rajoitettu tai se on joiltakin osin kielletty.

Kirjoitetun lain tilanne Ruotsissa on hiukan erilainen kuin meillä, mutta eron merkitys voi olla teoreettinen. RB 43:4:n mukaan ”rätten ska tillse att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver”. Vastaavanlaista nimenomaista säännöstä ei OK:ssa ole. Diesen on katsonut RB:n säännöksen liittyvän robustiudesta huolehtimiseen myös dispositiivisissa riitajutuissa, joissa ”vahvemman” asianosaisen tehtävänä se olisi. Hän kuitenkin toteaa, että tuomioistuimen vastuu on lähinnä ”organisatorinen ja pedagoginen”, koska ruotsalaisellakaan tuomioistuimella ei dispositiivisessa jutussa ole oikeutta hankkia viran puolesta näyttöä – ei enää oikeutta päättää edes asiantuntijan kutsumisesta tai katselmuksen toimittamisesta, ⁹⁵⁰ toisin kuin asiantuntijan kohdalla Suomessa.

Käytännössä vajavainen robustius toteutuu rikosjutuissa common law’n piirissä kyllä ainakin no case to answer -instituution kautta – eli muodollisesti syyttäjän todistelun heikkouden kautta. Tämä voisi itse asiassa olla laajemminkin käytännöllinen väylä, jolla robustiuden puute voisi kaataa syytteen (tai kanteen). Toisaalta Diesen on voimakkaasti korostanut robustiuden merkitystä rikosasioissa ja pitänyt huolehtimista siitä tuomioistuimen aktiivisena velvollisuutena, ja Diesenin malliin liittyy juuri ajatus syytteen tai kanteen hylkäämisestä pelkästään robustiuden puutteellisuuden vuoksi.

Tuomioistuimen kannalta robustius tulee esille lähinnä kahdessa kysymyksenasettelussa: ensinnäkin, onko tuomioistuimella roolia robustiuden varmistamisessa eli käytännössä aloitteellisuutta näytön hankinnassa, ja toiseksi, miten todistusharkintaan vaikuttaa puuttuva robustius. Kysymys siitä, onko näyttö kattavaa, sivuaa oikeudenkäynnin ulkopuolista maailmaa kysyttäessä, onko sieltä saatavissa vielä relevanttia näyttöä. Toisaalta kattavuus, tai nimenomaisesti puute kattavuudessa, liittyy todistusharkintaan: jos voidaan arvioida näyttöaineiston jääneen puutteelliseksi, harkinnan lopputulos voi olla negatiivinen. On myös mahdollista ajatella, että jos aineisto tiedetään merkittäväällä tavalla puutteelliseksi, syyte tai kanne kaatuu jo tähän, eikä varsinaista todistusharkintaa tarvitse enemmälti suorittaa. Kattavuudella on liityntä myös edellä käsiteltyyn esiyymärrykseen ja tuomioistuimen odotushorisonttiin: ne vaikuttavat siihen, minkälajauista todistelua näyttää etukäteen järkevältä edellyttää.

Robustius on myös prosessinjohtollinen kysymys: robustiuden arvioiminen ja huomion kiinnittäminen siihen voi liittyä tuomioistuimen rooliin. Samoin tuomioistuimen oma mahdollisuus uuden näytön hankkimiseen liittyy olennaisesti

950 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 279 ja 338. Diesen toteaa tuomioistuimen lääkkeen puuttuvaa selvitystä vastaan olevan vain päättäminen siitä, että juttu ei ole valmis pääkäsittelyyn tai että aloitettu pääkäsittely keskeytetään.

tähän. Tämän mukaisesti kattavuus liittyy prosessilaatuun ja sen perusluonteeseen. Yleisesti tätä voinee luonnehtia seuraavasti. Dispositiivisessa riita-asiassa asianosaiset määräävät pitkälle todistusaineiston laajuudesta, eikä kysymys robustiudesta tai sen puuttumisesta tule varsinaisesti esille. Toisin on rikosasiassa, jossa tuomioistuimen rooli on erilainen. Indispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimen rooli kattavuuden valvojana voi vaihdella asian laadun mukaan, mutta se on yleisesti ottaen tiukempi kuin dispositiivisessa riita-asiassa. Akkusatoriselle rikosprosessille on kuitenkin luonteenomaista, että tuomioistuimen toimet voivat tähdätä todistelussa vain syytetyn edun mukaiseen puuttumiseen.

Yleensäkin robustiuden puute voi toteutua todistusaineiston riittämättömyydenä vahvuutena. Ennakkopäätökseen KKO 2002:47 (Silja Line -juttu) liittyvässä esittelijän mietinnössä on esitetty, että se tulee esille puuttuvan todistusvoiman kautta. Lienee ainakin meillä hyvin poikkeuksellista, että tuomioistuin hylkäisi syytteen suoraan, vastaanäyttöä kuulematta, perustellen pelkästään sillä, että olisi ollut tarjolla todistusaineistoa, jonka hankkiminen oli laiminlyöty. Tällainen perustelu ei voisi ehkä tulla edes kysymykseen syyttäjän ”opastuksena”.

Seuraavassa käsittelen neljänä alakysymyksenä edellä hahmoteltuja ongelmia. Alakysymykset ovat seuraavat:

- 1) miten horjumatonta näytön ylipäätään tulee olla ja kuka kynnyksestä päättää;
- 2) miten saadaan selville robustius: kenen on selvitettävä, mitä näyttöä on saatavissa, kenen näyttö on hankittava ja kuka sitä saa hankkia; osittain edelliseen liittyen,
- 3) miten menetellään, jos tiedetään tai epäillään, että lisää näyttöä on saatavissa; ja
- 4) mitä seuraa, jos robustiuden vajetta ei korjata, vaikka se olisi mahdollista.

6.10.2.2 Robustiuskynnys: kuka siitä päättää ja millä tasolla se on?

Jos lähdetään siitä, että pyrkimys aineelliseen totuuteen ei ole itseisarvo, vaan että esimerkiksi asianosaiset voivat asettaa reunaehdot tuon totuuden tavoittelulle, ei todistusaineiston täydellisyysskään voi olla itseisarvo.

Keskeinen rajanvetoon vaikuttava tekijä on siis se, missä määrin asianosaiset voivat määrätä kyseisestä seikasta, onko juttu siltä osin dispositiivinen vai indispositiivinen. Jos se on dispositiivinen, näytön robustiudesta päättävät asianosaiset, ja jos kysymys on rikosjutusta tai indispositiivisesta riitajutusta, kynnyksestä päättää viime kädessä tuomioistuin. Jos esimerkkinä käytetään lasten huoltoa koskevassa jutussa sosiaalilautakunnan selvitystä, todiste hankitaan viran puolesta,⁹⁵¹ mutta keskustelua vaativaksi harkintakysymykseksi saattaa

⁹⁵¹ Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 16 §, jonka sanamuoto on hiukan muuttunut 1.12.2019 lukien,

tulla, onko esimerkiksi olosuhteissa tapahtunut sellaisia muutoksia, jotka edellyttävät uuden selvityksen hankkimista. Dispositiivisessakin jutussa tuomioistuine sanelee kyllä todistelun ”ylärajan” arvioidessaan asianosaisen esitettäväksi vaatiman näytön relevanssin.⁹⁵²

Kysymys kattavuusvaatimuksen tasosta, robustiuskynnyksestä, on monisyinen. Se on riippuvainen jutun laadusta, mutta ehkä myös sen yksilöllisistä erityispiirteistä. Yleispätevää vastausta ei voitane antaa. Kuitenkin voi käsittääkseni olla niin, että osa niistä vaatimuksista, joita on oikeuskirjallisuudessa tuotu esiin koskien näyttökynnyksen korkeutta erityisesti törkeissä rikoksissa, joissa oikeusseuraamuksetkin ovat raskaita, koskee paremminkin näytön robustiutta kuin sen yleistä vahvuutta eli näyttökynnyksen korottamista.⁹⁵³ Toisaalta tällä erottelulla ei ehkä aina ole suurta merkitystä, koska näytön vahvuus ja robustius ovat joka tapauksessa jonkinlaisessa vuorovaikutuksessa keskenään: mitä laajempi todistusaineisto on, sitä vahvemman kuvan se antaa myös teemojen paikkansapitävyydestä tai -pitämättömyydestä.

6.10.2.3 Robustiuteen liittyvät selvitykset ja toimet

6.10.2.3.1 Johdantoa

Toinen ja kolmas kysymys koskevat sitä, kenen on selvitettävä, mitä näyttöä on saatavissa, kenen näyttö on hankittava ja kuka sitä saa hankkia, ja vielä sitä, miten käytännössä menetellään, jos tiedetään tai epäillään, että lisää näyttöä on saatavissa.

Kysymykset ovat laaja kokonaisuus. Ne näyttäisivät menevän osittain päällekkäin todistustaakkakysymysten kanssa. Kysymyksenasettelu on kuitenkin erilainen. Jakolinja dispositiivisuuden ja ei-dispositiivisuuden välillä on tässäkin merkityksellinen. Lisäksi, kun todistustaakkaproblematiikka käsittelee lähinnä asianosaisten keskinäisiä suhteita, nyt enemmän esillä⁹⁵⁴ on asianosaisten, toisaalta rikosjutun syyttäjän ja puolustajan, ja toisaalta tuomioistuimen välinen relaatio: kumman on ensinnäkin selvitettävä, mitä näyttöä on saatavissa. Mahdollinen velvollisuus tai oikeus tuohon näyttöön kuuluvien yksittäisten todisteiden hankkimiseen ja esittämiseen liittyy tähän, samoin noudatettavat menettelymuodot.

Kysymys on nytkin tuomioistuimen ja asianosaisten välisestä työnjaosta ja rooleista. Yleisenä sääntönä voinee sanoa, että tuomioistuimen selvittämisvelvollisuus on suurimmillaan asiassa, jossa myös julkinen intressi on mukana.

mutta yhtä kaikki selvitys on tuomioistuimen viran puolesta hankittava, kun edellytykset ovat käsillä.

952 Jos esimerkiksi haastehakemuksessa vaaditaan kymmeniä henkilöitä todistamaan suhteellisen yksinkertaisesta teemasta, yläraja tulee vastaan relevanssin, mutta myös prosessiekonomian näkökulmasta.

953 Tästä *saattaa* olla osittain kysymys esimerkiksi sanonnassa, että näyttökynnys on stabiili, mutta selvittämisskynnys muuttuu.

954 Ainakin Diesenin esityksissä.

Siten sen merkitys rikosasioissa ja indispositiivisissa riita-asioissa on epäilemättä suurempi kuin dispositiivisissa riita-asioissa. Viimeksi mainituissahan todistelun haluttu laajuus on asianosaisten disponoitavissa,⁹⁵⁵ tosin eräin jäljempänä käsiteltävin poikkeuksin.

Diesenillä kattavuusproblematiikka liittyy keskeisesti hänen hypoteesimalliinsa, jossa lähtökohtana rikosasiassa on sen selvittäminen, mitä vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja tai tapahtumien selityksiä syytteessä kuvatun ohella on ajateltavissa ja miten ne ovat, jos ovat, torjuttavissa. Tähän liittyen Diesen asettaa velvollisuuden hypoteettisten tapahtumainkulkujen generointiin niin syyttäjälle kuin tuomioistuimelle. Vastaavat taakat heijastuvat sitten myös velvollisuutena huolehtia näytön kattavuuden täydellisyydestä, tältä osin kuitenkin niin, että syyttäjän tehtävänä on huolehtia vaihtoehtoisten selitysten poissuljennan todistelusta, mutta tuomioistuimen vastuu rajoittuu syytetylle edullisten vaihtoehtojen todisteluun.

6.10.2.3.2 Robustiuden huomioon ottamisesta prosessin aikana

OK 17 luvussa määritellään pääkäsittelyn aloittamisen, aloitetun pääkäsittelyn lykkäämisen ja lopetetun pääkäsittelyn resuskitaation edellytykset. OK 17:28.1:n mukaan valmistelu todetaan päättyneeksi ja juttu siirretään pääkäsittelyyn, kun valmistelussa on selvitetty 19 §:ssä tarkoitetut seikat tai kun sitä ei muusta syystä ole enää tarkoituksenmukaista jatkaa. 19 §:n mukaan valmistelussa on todistelun osalta selvitettävä, mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen. 10 §:ssä luetellaan aloitetun pääkäsittelyn lykkäämisen edellytykset, todistelun osalta lähinnä se, että tuomioistuimen tietoon on tullut uusi tärkeä todiste, joka voidaan ottaa vastaan vasta myöhemmin. 14 §:ssä säädetään, että jos tuomioistuin pääkäsittelyn päättämisen jälkeen havaitsee välttämättömäksi, että asian käsittelyä on ennen asian ratkaisemista täydennettävä jonkin yksittäisen kysymyksen osalta, ja jos kysymys, jota käsittelyn täydentäminen koskee, on yksinkertainen tai vähäinen, tuomioistuin voi täydentää käsittelyä pyytämällä asianosaisilta kysymyksestä kirjallisen lausuman. Muussa tapauksessa käsittelyä voidaan täydentää siten, että pääkäsittelyä jatketaan tai asiassa toimitetaan uusi pääkäsittely.

955 Leppänen 1998, s. 150 – 151 pohtii teorian tasolla esimerkkitalannetta, jossa dispositiivisessa jutussa näyttövelvollinen A nimeää tärkeästä tapahtumasta todistajaksi yhden silminnäkijän, vaikka näitä olisi ollut tarjolla viisi. Voidaanko tällöin teeman katsoa tulleen näytetyksi, vai onko A:lla ”jonkinlainen taakka” siitä, että teemasta saadaan riittävän kattava selvitys? Voitaaisiinko teeman katsoa jääneen näyttämättä, koska todistusaineisto on ollut hyvin epätäydellinen? Leppänen päätyy siihen, että sellaisen taakan asettaminen *dispositiivisen riita-asian asianosaiselle* olisi ”yleensä kyseenalaista”. Olen samaa mieltä, kuitenkin ehkä jyrkemmin – pitäisin sitä (aina) kyseenalaisena. Viittaan ensinnäkin OK 17:7:ään. Tilanteessa ratkaisevaksi jää tuon todistajan kertomuksen vahvuus: jos *se* on heikko *eikä ylitä näyttökynnystä*, ei hylkäykselle ole mitään estettä. Kanavointi tapahtuu luontevimmin todistusharkinnan, ei ”robustiusharkinnan” kautta. Toisaalta tämä esimerkki osoittaa, miten lähellä robustiuden instituutiota loppujen lopuksi voisivat olla legaalinen todistusteoria ja tukitodisteluvaatimukset.

Tuomioistuimen ja asianosaisten todistusaineiston hankintaan liittyvää toimintaa koskevaa työnjakoa koskeva keskeinen lainkohta meillä on ollut 31.12.2015 asti vuoden 1948 OK 17:8⁹⁵⁶ ja sen jälkeen OK 17:7. Ruotsissa vastaavanlainen säännös on RB 35:6:ssä.⁹⁵⁷ Lähtökohtana näissä sääntelyissä on asianosaistoimintoisuus.

Vuoden 1948 sanamuodossaan OK 17:8:n ilmaisu ”omasta aloitteestaan” tulkittiin niin, että yhdenkin asianosaisten vastustus riitti kaatamaan tuomioistuimen aloiteoikeuden. Aineellinen edellytys tuomioistuinaloitteiselle todisteiden hankinnalle oli ilmaistu väljästi; edellytys on, että ”se harkitaan tarpeelliseksi”. Vuoden 1991 prosessiuudistuksessa tuomioistuimen pelivaraa lisättiin siten, että vain asianosaisten yhteinen tahto kykeni estämään oman aloitteellisuuden.

Nykyisessä OK 17 luvussa⁹⁵⁸ tuomioistuimen aloitevaltaa sääntelee 7 §, jonka mukaan

... Tuomioistuin saa omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita riita-asia, jossa sovinto ei ole sallittu. Rikosasiassa tuomioistuin saa hankkia näyttöä, jos se todennäköisesti ei tue syytettä. Tuomioistuimella on kuitenkin asian laadusta riippumatta oikeus hankkia omasta aloitteestaan asiantuntijalausunto.⁹⁵⁹

956 OK 17:8, voimassa 31.12.2015 saakka: ”...Tuomioistuin saa myös, milloin tarpeelliseksi harkitaan, omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita. Se ei kuitenkaan saa vastoin asianosaisten yhteistä tahtoa omasta aloitteestaan määrätä uutta todistajaa kuulustelavaksi tai asiakirjaa esitettäväksi, jos asiassa on sovinto sallittu tai jos asianomistaja vaatii rangaistusta asianomistajarikoksesta, mistä ei ole säädetty muuta tai kovempaa rangaistusta kuin sakkoa tai enintään neljä vuotta vankeutta.”

957 RB 35:6: ”Det ankommer på parterna att svara för bevisningen. Rätten får självmant inhämta bevisning endast i tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten och i mål om brott som hör under allmänt åtal.” *Lag (2005:683)*

958 HE:ssä 46/2012 s. 55 lausuttiin tuomioistuimen roolista muun ohella seuraavaa:

”Säännöksen perusajatuksena on, ettei tuomioistuimen pidä hankkia lisänäyttöä tarkoituksin saada syytettyä tuomituksi. Toisaalta etukäteen ei voida aina sanoa, kenen hyväksi todisteen esittäminen koituu. Esimerkiksi jos ilmenee uusi silminnäkijätodistaja, jota ei ole kuultu esitutkinnassa, hänen kertomuksensa voi koitua paitsi syytetyn eduksi myös vahingoksi. – Tuomioistuin voisi määrätä todistajan kuultavaksi, jos on todennäköisempää, että kertomus koituu syytetyn eduksi kuin hänen vahingokseen. Säännöksellä ei olisi tarkoitus rajoittaa tuomioistuimen kyselyoikeutta, jos jokin seikka on todistajan kertomuksessa jäänyt epäselväksi. – Tuomioistuimella olisi oikeus, mutta ei velvollisuutta hankkia lisänäyttöä edellä mainitun edellytyksin. Asiaa harkitessa tulisi ottaa huomioon asian laatu, todisteen merkitys, sen esittämisestä aiheutuvat kustannukset ja vaikutukset asian käsittelyn viivästymiselle sekä luonnollisesti jäljempänä 8 §:ssä tarkoitetut seikat. Tuomioistuimen tulisi lähtökohtaisesti hankittuttaa tai itse kuitenkin hankkia todiste, joka koituisi rikosasian vastaajan eduksi tai jonka hankkimista muuten painava yleinen tai yksityinen etu edellyttää riita-asia, jossa sovinto ei ole sallittu. Ennen kuin tuomioistuin ryhtyy oma-aloitteisesti hankkimaan lisänäyttöä, sen tulisi lähtökohtaisesti kiinnittää asianosaisten huomio mahdolliseen uuteen todisteeseen ja varata heille tilaisuus hankkia tämä todiste. Tuomioistuin voisi näin menetellä myös riita-asia, jossa sovinto on sallittu, jolloin asianosaisten päätöksen varaan jäisi, haluaako hän hankkia lisänäyttöä. Toisaalta yhdenmukaisesti edellä lausutun kanssa tuomioistuimen ei tule ryhtyä toimiin, joiden tarkoituksena on saada asianosainen hankkimaan syytettä tukevaa näyttöä.”

959 OK 17:7:n viimeinen lause on käytännössä tärkeä esimerkiksi siitä syystä, että se antaa tuomioistuimelle erilaisissa vakuutus- ja vahingonkorvausoikeudellisissa riidoissa, jotka ovat dispositiivisia, yleisen oikeuden hankkia lääketieteellistä selvitystä. Tätä mahdollisuutta on jo aiemman 17 luvun aikana käytetty muun ohella vakuutus-oikeudesta KKO:een tulleissa muutoksenhakuasioissa. Tuolloin oikeus perustui asiantuntijatodistelu koskeneeseen OK 17:44.1:iin. Tuomioistuimen itsenäistä oikeutta hankkia asiantuntijalausunto pidettiin

Melkoinen yksimielisyyys näyttäisi vallitsevan siitä, ettei tuomioistuimen aloiteoikeus näytön hankkimiseksi tarkoita sitä, että tuomioistuimen olisi omaaloitteisesti ryhdyttävä selvittämään, onko vielä lisätodisteita saatavissa.⁹⁶⁰ Tirkkonen on lausunut, että oikeuden on rajoituttava hankkimaan ainoastaan sellaista näyttöä, jonka olemassaolo ilmenee kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta.⁹⁶¹ Leppänen lausuu, että jos tuomioistuin valmistelussa havaitsee, että jokin relevantti todiste on vielä olemassa, sen tulee ”aloiteoikeutensa (em. tuolaisen OK 17:8:n) rajoissa” kiinnittää siihen asianosaisten huomiota tai hankkia se omasta aloitteestaan esitettäväksi pääkäsitelyssä. Käsitellessään materiaalin epätäydellisyyden huomioon ottamista päätösharkinnassa hän toteaa ongelman olevan osaltaan siinä, ettei ratkaisija yleensä voi tietää, onko näyttöarvoon vaikuttavia muita todisteita olemassa.⁹⁶² Tästä voinee päätellä, ettei hänkään ole mainitun tutkimisvelvollisuuden ulottuvuudesta eriävällä kannalla.

Toisinkin tosin on esitetty. Diesenin perusajatus menee aika lähelle ellei suoraan tarkoita tuomarin hyvinkin aktiivista roolia myös uuden näytön etsimisessä ja hankkimisessa. Hän edellyttää, että tämä ennen todistusharkintaa asettaa vaihtoehtohypoteesinsa ja näin luo *selvittämisstrategian*, miettii koko käsitteilyn ajan mitä näyttöä tekoa koskevaan väitteeseen tarvitaan, ja kyseenalaistaa – yleensä puuttumatta asiaan, esittämättä väitteitään – tuon väitteen eri osia miettimällä muita (vapauttavia) selityksiä jutun tosiseikkoihin – ja sikäli kuin sellaisia väitteitä voidaan ajatella saatavan järkeviksi lisänäytöllä, pitää huolta siitä, että sellaista selvitystä hankitaan. Kun syyttäjä sitten esittää selityksensä, tuomari on valmis ottamaan uudelleen harkittaviksi jo asettamana vaihtoehtot ja selityksen edetessä asettamaan uusia hypoteeseja ajateltavissa olevista selityksistä ja arvioimaan, missä määrin selvityksen puutteet edellyttävät lisäselvitystä, laajennettua tutkintaa syytetyn eduksi tai syytteen hylkäämistä, jos syyttäjä ei ole täyttänyt selvitystaakkaansa.⁹⁶³

Rikosasiankin osalta käytiin lainuudistuksen valmisteluvaiheessa keskustelua. Todistelutoimikunta nimittäin esitti, että tuomioistuin saisi rikosasiassa hankkia

myös nykyisen OK 17 luvun esitöissä muun ohella erityisasiantuntemuksen turvaamiseksi ja kustannussyistä tärkeänä.

960 Tämä lausuttiin nimenomaisesti myös HE:ssä 15/1990, s. 107 – 108, kun tuomioistuimen aloitevaltaa vuoden 1991 uudistuksessa lavennettiin.

961 Tirkkonen 1972, s. 162. Jo Tirkkonen 1949, s. 54 – 55 korosti, etteivät (tuonaikaisen) 8 §:n määräykset tuomioistuimen aloiteoikeudesta todisteiden hankkimiseksi merkitse sitä, että oikeuden olisi suoraan tutkittava, onko lisätodisteita saatavissa. Oikeuden oli hänen mukaansa rajoituttava hankkimaan ainoastaan sellaista näyttöä, jonka olemassa olo ilmeni esitetystä oikeudenkäyntiaineistosta. Samansuuntaisesti Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 55: aloitteellisuus rajoittuu yleensä vain asianosaisten esittämän näytön mahdolliseen täydentämiseen.

962 Leppänen 1998, s. 147.

963 Diesen 1994, s. 134 – 135 ja 2015, s. 250 – 251. Kursivointi Diesenin. Tarkemmin hypoteesimetodia käsitteleen baconiaanisten todistusharkintateorioiden yhteydessä.

näyttöä vain, jos se todennäköisesti koituu vastaajan eduksi.⁹⁶⁴ KKO:n lausunnossa viitattiin vaikeuteen arvioida etukäteen, kenen eduksi ja miltä osin lausunnossa esitetty lopulta koituu, sekä asetetun kynnyksen korkeuteen. Lisäksi todettiin: ”Huumausainerikosta koskevan asian ratkaiseminen edellyttää tietoa huumausainemarkkinoille tulleen uuden aineen laadusta, ominaisuuksista ja vaikutuksista, mutta luotettavaa selvitystä tällaisista seikoista ei ole asianosaisten toimesta esitetty. Tuomioistuimet ovat tällöin joutuneet hankkimaan tällaista selvitystä varsin usein viran puolesta (esim. KKO 2005:62, 2009:53 ja 2011:108). ... Kun tuomioistuimen on rikosasioissakin joka tapauksessa sovellettava kokemussääntöjä viran puolesta, eivätkä asianosaiset voi niistä määrätä toisin kuin muusta todistelusta, on oikeusvarmuuden kannalta tärkeää, että ratkaisu voidaan perustaa näiltä osin oikeaan ja luotettavaan tietoon. Sen vuoksi tuomioistuimen tulisi voida rikosasioissakin hankkia selvitystä kokemussäännöistä silloin, kun se on asian ratkaisemiseksi selvästi tarpeen.”⁹⁶⁵ – Hallituksen esityksessä⁹⁶⁶ lainkohtaa oli muokattu nykyiseen asuun, jossa siis asiantuntijatodistelun määrääminen viran puolesta on tuomioistuimelle sallittua ”jutun laadusta riippumatta”. Perusteluina lausuttiin: ”Rikosasioissa kielto hankkia todennäköisesti syytteen tueksi koituvaa näyttöä ei koskisi asiantuntijalausuntoja, koska asiantuntijalausunnon osalta voi olla erityisen vaikeaa ennalta käsin arvioida, koituko se syytetyn eduksi vai vahingoksi.”

Ruotsissa todisteiden hankinnan aloiteoikeutta koskeva säännös sisältyi RB 35:6:een sen alkuperäisessä muodossa. Rajoitus koski uuden todistajan kuulemista ja asiakirjan esittämistä dispositiivisessa jutussa ja jutussa, joka ei ollut virallisen syytteen alainen.⁹⁶⁷ Säännöstä uudistettiin vuonna 2005 toteutetussa ja 1.11.2008 voimaan tulleessa prosessiuudistuksessa⁹⁶⁸ siten, että oikeuden valta koskee nyt indispositiivisia riita-asioita ja virallisen syytteen alaisia rikosasioita:

964 Todistelutoimikunta 69/2012, s. 81 ja 290.

965 KKO:n lausunto OH 2012/231. Ks. myös Lausuntokooste s. 83 – 84. KKO huomautti myös siitä, ”ettei ehdotuksesta ilmennyt, miten tuomioistuimen hankkimaan asiantuntijaselvitykseen (tai muuhun selvitykseen) olisi suhtauduttava, jos se kuitenkin osoittautuu puhuvan lähinnä syytteen puolesta. Kysymyshän ei tällöinkään välttämättä ole lainvastaisesti hankitusta todisteesta, jota koskevasta hyödyntämiskiellosta ehdotetaan säädettäväksi 17 luvun 25 §:n 2 momentissa.”

966 HE 46/2012, s. 165 ja (perustelut) s. 55.

967 ”Det ankommer på parterna att sörja för bevisningen. Rätten äge dock, om det finnes erforderligt, självant föranstalta om bevisning. Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, eller är fråga om ansvar för brott, som ej hör under allmänt åtal, må dock rätten ej utan framställning av part höra vittne, som ej förut hörts på parts begäran, eller meddela föreläggande om företeende av skriftligt bevis.” Tästä lainkohdasta ks. Gärde ym. 1949, s. 481 – 483.

968 Lag om ändring i rättegångsbalken: SFS 2005:683. Se hyväksyttiin valtiopäivillä 15.9.2005 ja tuli voimaan 1.11.2008. Lainuudistukseen liittyi mittava muutoksenhakua hovioikeuteen koskenut uudistus, joka merkitsi kärjäoikeudessa tehtyjen tallenteiden laajamittaista hyödyntämistä hovioikeudessa. Pitkä voimaantulon valmistelu aika johtui tekniikan käyttöönnotosta. [Prop. 2004/2005:131]

”Det ankommer på parterna att svara för bevisningen. Rätten får självant inhämta bevisning endast i tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten och i mål om brott som hör under allmänt åtal.”

Ruotsissa tuomioistuimen aloitevalta rikosasioissa eroaa siis sikäli suomalaisesta järjestelystä, että se koskee (indispositiivisten juttujen ohella) vain virallisen syytteen alaisia rikoksia, mutta ei rajoitu syytetyn eduksi vaikuttaviin todisteisiin. Lindell on RB 35:6:n osalta vastaavasti huomauttanut, että tuomioistuimen oikeus hankkia näyttöä viran puolesta ei tarkoita sitä, että oikeus ryhtyisi itse *selvittelemään*, onko olemassa lisää näyttöä. Hän lausuu, että uuden todisteen esitettäväksi määrääminen perustuu yleensä siihen, että tuomioistuin on saanut tiedon todisteen olemassaolosta asianosaisten prosessitoimien yhteydessä.⁹⁶⁹

Lindell on Ruotsin osalta todennut, että todistelun täydentämistä viran puolesta ei juuri koskaan tapahdu dispositiivisissa jutuissa ja että indispositiivisissäkin jutuissa se on epätavallista.⁹⁷⁰ Sama johtopäätös voidaan havaintojeni mukaan tehdä myös Suomen oikeuskäytännöstä. Lienee harvinaista, että esimerkiksi katselmuksen määräämisessä⁹⁷¹ olisi jouduttu dispositiivisessa riita-asiaa hakemaan taustatukea (vanhasta) OK 17:8:n yleisvaltuutuksesta; käytännössä huomion kiinnittäminen tämän todistuskeinon järkevyyteen johtaa siihen, että jompikumpi tai molemmat pyytävät katselmuksen toimittamista. Sen sijaan näytön hankkiminen viran puolesta ei indispositiivisessä asiassa ole ollut epätavallista, onhan siihen edellä mainittujen erityissäännösten perusteella selkeä velvollisuuskin. Esimerkiksi lapsen huoltoa koskevan sosiaalilautakunnan selvityksen tehneitä viranhaltijoita on toisinaan kuultu virankin puolesta. Uudessa 16 a §:ssä kuuleminen on normeerattu asiantuntijakuulemiseksi.⁹⁷²

Tuomioistuimen aktiivisuus rikosprosessissa⁹⁷³ niin vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen abduktiivisessa etsinnässä kuin niihin tai muutoin ehkä löydettävissä olevan lisätodistelun luotaamisessa saattaa olla myös kaksiteräinen miekka. Tämä tulee esille myös meillä voimassa olevasta ja sinänsä syyttömyysolettaman mukaisesta OK 17:7:n sisältämästä rajoituksesta, että sellainen todistelu ei todennäköisesti tue syytettä.⁹⁷⁴ Mistä tuomioistuin tietää, kenen edun mukaiseksi todiste vastaanotettuna osoittautuu? Ei todistajankuulusteluakaan käyne katkaiseminen, vaikka todistaja alkaa puhua seikoista, jotka näyttävät

969 Lindell 2017, s. 148. Kursivointi (”*efterforska*”) Lindellin.

970 Lindell 2017, s. 148.

971 Katselmuksen määrääminen kuului oikeuden aloitevallan piiriin vuoden 1948 OK 17:8:n mukaan.

972 Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 16 a § tuli voimaan 1.12.2019.

973 Lindell 2017 s. 148 huomauttaa Ruotsin osalta tästä erityisesti tuomioistuimen puolueettomuuden vaarantumisen kannalta.

974 Epäilemättä tästä voi johtaa periaatteen, ettei oikeuden generoima vaihtoehtoinen tapahtumainkulkukaan saa koitua syytetyn haitaksi. Tosin tätä on pidetty itsestään selvänä ilman ”johtamistakin”. – Rajoitus ei koske asiantuntijalausannon hankkimista, mihin tuomioistuimella on aina oikeus.

vaikuttavan syytteen tueksi. Sama ilmiö tulee näkyviin esimerkiksi Todistelutoimikunnan mietinnön perusteluissa, joiden mukaan tuomioistuimien voisi määrätä todistajan kuultavaksi, jos ”on todennäköisempää, että kertomus koituu syytetyt eduksi kuin hänen vahingokseen.”⁹⁷⁵ Tällaiseen ajatteluun, kuten Diesenin ideaan hypoteettisten tapahtumainkulkujen generoimisesta ja lisätodistelun haravoinnista yleensäkin, sisältyy jonkin verran (sinänsä aiheellista) idealismia. Laajassa mitassa toteutettuna ainakin puolueettoman tuomioistuimen kohdalla siitä saattaa koitua hankalia tilanteita, ja uskonkin tuomioistuinten soveltavan oma-aloitteisuutta OK 17:7:n nojalla hyvin harkiten.⁹⁷⁶

Jos ajatellaan oikeudenkäynnin kulkua, näytön ”vakaustilan” arviointiin ainakin ensi vaiheessa liittyä käsittääkseni ajatus siitä, että robustiudeltaan puutteelliseksi arvioitua näyttöä voidaan ja on syytä täydentää. Se ei siten liittyisi niinkään jutun käsittelyn päättymisen jälkeiseen todistusharkintaan, vaan itse oikeudenkäyntiin ja siellä ehkä todisteiden vastaanottamiseen ja sen aikana tapahtuvaan ”ensiharkintaan”. Diesen, joka on ollut robustiuden silmälläpidon voimakas puolestapuhuja, on melko paljon normatiivisesti käsitellyt käytännön toteuttamis- ja ajoittumiskysymystä; lähtökohtana on, että asiaa harkitaan myös jo oikeudenkäynnin kuluessa (ja oikeastaan jo ennen sitä). Hän katsoo, että jos tuomioistuin päättyy väliharkinnassaan siihen, että näyttö ei ole ollut riittävän kattavaa, syyte tulee jo tässä vaiheessa – ja tällä perusteella – hylättäväksi eikä enempi todistusharkinta ole tarpeen. Hylkäys olisi seurausta myös silloin, jos jokin vaihtoehtohypoteesi ei ole tutkittavissa, minkä ymmärrän tarkoittavan,

⁹⁷⁵ Todistelutoimikunta 69/2012, s. 81.

⁹⁷⁶ Hiukan erityisen, mutta käytännössä runsaasti esiintyvän ja sellaisena merkittävän juttutyyppin muodostavat lähestymiskieltoasiat. Lähestymiskieltoain 6.1 §:n mukaan lähestymiskieltoasian käsittelystä on ”soveltuvin osin” voimassa, mitä oikeudenkäynnistä rikosasiassa säädetään. Lähestymiskieltoasiassa, joka käsitellään erillään mahdollisesta, 10 §:ssä tarkoitetusta rikosasiasta, ei kuitenkaan ole paikalla syyttäjää. Toisella puolella voi olla asianosainen yksinkin. Nämä seikat antavat aiheita asettaa tuomioistuimelle erityisen vastuun asian selvittämisestä. Lähestymiskieltoain 6 §:n 3 momentin mukaan ”tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi”. Esitöissä (HE 41/1998, s. 20 - 21) lainkohtaa perustellaan muun muassa näin: ”Lähestymiskieltoasiassa tuomioistuimen rooli asian selvittämisessä olisi rikosasiassa noudatettavaan menettelyyn verrattuna korostunut. Siksi 3 momentissa säädettäisiin, että lähestymiskieltoasian pääkäsittelyssä käräjäoikeuden olisi huolehdittava siitä, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi. Käräjäoikeuden velvollisuutena siten olisi tarpeellisessa määrin aktiivisen prosessinjohtoon keinoin ja tarvittaessa myös omasta aloitteestaan selvittää asiaan liittyvää tosiseikastoa ja hankkia asiaan liittyvää selvitystä. Tuomioistuimen tulisi tarpeen vaatiessa velvoittaa asiaan osalliset tai mahdolliset todistajat saapumaan kuultaviksi istuntoon. – Käräjäoikeus olisi myös oikeutettu oma-aloitteisesti hankkimaan näyttöä siinä määrin kuin se katsotaan tarpeelliseksi. Näytön hankkimisen osalta tulisi sovellettavaksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 8 §:stä ilmenevät periaatteet. Asiaan osallisten olisi siten itse pääsääntöisesti huolehdittava todisteiden hankkimisesta. Tämä johtuu jo siitä, että heillä on paras tieto asiassa käytettävissä olevasta selvityksestä. Tuomioistuimen ei siten tulisi erityisesti ryhtyä selvittämään, mitä todistelua asiassa vielä olisi saatavissa. Mahdollisen todistelun tulisi siten ilmetä joko toimitetusta poliisitutkinnasta tai asiaan osallisten lausumista. Tuomioistuimen olisi huolehdittava asian tasapuolisesta ja puolueettomasta käsittelystä ja tämä merkitsisi sitä, että sekä lähestymiskieltoa vastaan että sen puolesta puhuva näyttö tulisi selville.” – HE:ssä siis toistetaan maininta siitä, ettei tuomioistuimen tule ”erityisesti ryhtyä selvittämään, mitä todistelua asiassa vielä olisi saatavissa” ja että ”mahdollisen todistelun tulisi siten ilmetä joko toimitetusta poliisitutkinnasta tai asiaan osallisten lausumista.” Mikäli hakemus ei tule poliisin kautta ja mainittua tutkintaa ole jo suoritettu, tuomioistuin käytännössä määrää käsittelypäivän määrätessään samalla lain 5.2 §:n mukaisen poliisitutkinnan toimitettavaksi ennen sitä.

ettei sitä koskevaa näyttöä ole saatavissa käsille. Itse käsittely olisi kaiketi päätynyt ja harkinta *tältä osalta* alkanut.

Oman kategoriansa muodostavat ne indispositiiviset jutut, joissa tuomioistuimen aloitevallasta ja tutkinnan aktiivisuudesta, toisinaan hyvinkin tiukalla sanamuodolla, on erikseen säädetty.

Näin on laita esimerkiksi holhoustoimilain 78 §:ssä,⁹⁷⁷ isyyslain 37 §:ssä⁹⁷⁸, lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 16 § 1:ssä⁹⁷⁹ ja adoptiolain 53 §:ssä.⁹⁸⁰ Virallisiperiaate saattaa voittaa *ne eat judex ultra petita partium* -maksiminkin.⁹⁸¹

Rikosjutussa näytön hankkimista rajoitti jo vanhan OK 17 luvun aikana voimakkaasti se lähinnä liittymisestä EIS:een johtunut normi, ettei tuomioistuin voinut (enää) hankkia syytetyn vahingoksi koituvaa näyttöä. Meillä tämä ilmeni myös jo ROL:n myötä⁹⁸² omaksutuista periaatteista, jotka tuovat esiin kaksiasiansaissuhdetta ja käsittelymenetelmän käyttöönottoa myös rikosasioissa.⁹⁸³ Nykyisessä OK 17:7:ssä kriteeriksi on asetettu, että tuomioistuimen oma-aloitteisesti hankkima näyttö ei *todennäköisesti* tue syytettä. Tämän todennäköisyyden ennustaminen saattaa olla käytännössä vaikeaa. Asiantuntijalausunnon tuomioistuin saa kuitenkin aina hankkia omasta aloitteestaan prosessin laadusta riippumatta.

977 Holhoustoimilain 78 §:n mukaan edunvalvojan määräämistä tai toimintakelpoisuuden rajoittamista koskevassa asiassa tuomioistuimen on omasta aloitteestaan määrättävä hankittavaksi kaikki se selvitys, joka on tarpeen asian ratkaisemiseksi.

978 Isyyslain 37 §:n mukaan tuomioistuimen on omasta aloitteestaan määrättävä hankittavaksi kaikki se selvitys, minkä se katsoo asian ratkaisemisen kannalta tarpeelliseksi. Jos oikeudenkäynnissä esiin tulleiden seikkojen perusteella on aihetta olettaa, että mies, joka ei ole asianosaisena, on lapsen isä, tuomioistuin voi varata hänelle tilaisuuden tulla kuulluksi. Tuomioistuin voi myös kehottaa lastenvalvojaa täydentämään isyyden selvittämistä.

979 Sanotun lain 16.1 §:n mukaan (190/2019, voimaantulopäivä 1.12.2019) lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevassa asiassa tuomioistuimen on tarvittaessa hankittava selvitys asianomaiselta sosiaalilautakunnalta. Tuomioistuimen on yksilöitävä, mistä kysymyksistä selvitystä erityisesti tarvitaan. – Aikaisemman sanamuodon mukaan hankkimisvelvollisuuden sääntely oli asiallisesti suunnilleen samanlainen (uusi: ”tarvittaessa” vrt. vanha ”selvitystä ei kuitenkaan ole hankittava, jos on ilmeistä, että se ei ole tarpeen asian ratkaisemisen kannalta”). – Tuomioistuin myös säännönmukaisesti hankkii lausunnon; lain 10.1 §:n mukaan tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että asia tulee ratkaistuksi ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti. – Lasten huoltajutun mainitsee esimerkkinä myös Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 55 – 56.

980 Adoptiolain 53 §:n mukaan tuomioistuimen on omasta aloitteestaan määrättävä hankittavaksi kaikki selvitys, joka on tarpeen adoption vahvistamista koskevan asian ratkaisemiseksi, ja tarvittaessa kuultava kaikkia henkilöitä, jotka voivat antaa tietoja adoptiota koskevasta asiasta. Tämä selvitystaakka tulee sen selvityksen lisäksi, joka on jo 52 §:n nojalla määrätty liitettäväksi hakemukseen adoption vahvistamisen lain mukaisista edellytyksistä.

981 Holhoustoimilain 77 §:n mukaan edunvalvojan määräämistä koskevassa asiassa tuomioistuin voi uskoa edunvalvojalle tehtävän, jota hakemuksessa ei ole vaadittu, ja toimintakelpoisuuden rajoittamista koskevassa asiassa rajoittaa toimintakelpoisuutta haettua enemmän tai muutoin hakemuksesta poikkeavasti, jos tätä on lain 8 tai 18 §:n nojalla pidettävä tarpeellisenä päämiehen edun suojaamiseksi.

982 ROL tuli voimaan 1.10.1997.

983 Ks. KKO 1995:44 ja 1996:133. Edellisessä ratkaisussa KKO argumentoi nimenomaisesti EIS 6 artiklaan viitaten. – Erikoista nykyhetken näkökulmasta ajatellen oli kuitenkin, että ROL:ia säädettyä kieltoa ei otettu lakiin, vaan tuomioistuimen aktiivisuuden sopimattomuus oli tuotu esille esitöissä (HE 15/1990 s. 108) – jotka liittyivät riita-asiain oikeudenkäyntiuidustukseen.

Uuden näytön hankkiminen tuomioistuimen toimesta jäänee edelleen harvinaiseksi. Myös Ruotsissa on harvinaista sekä rikosasioissa että indispositiivisissa riita-asioissa, että oikeus kutsuu todistajia viran puolesta.⁹⁸⁴ Samat objektiivisuuteen liittyvät argumentit on tuotu esiin myös siellä.⁹⁸⁵ Ruotsissa on lisäksi katsottu, että oikeuden hankkia uutta näyttöä voi vain hyvin erityisissä olosuhteissa katsoa merkitsevän velvollisuutta siihen.⁹⁸⁶

Todistelun kattavuudella on yhteys kuvitellun aineellisen totuuden tavoittamiseen. On arkiajattelunkin mukaan luontevaa lähteä ajatuksesta, että mitä suurempi relevantti perusta on tutkittavana, sitä varmempi arvioinnista tulee⁹⁸⁷, sitä paremmin se voi vastata aineellista totuutta. Jos aineellisen totuuden selvittämistä pidetään keskeisen tärkeänä päämääränä, myös todistelulta voidaan edellyttää mahdollisimman suurta kattavuutta. Vastaavasti tuomioistuimelle asetetut rajoitukset merkitsevät rajoitusta aineellisen totuuden tavoittelussa.⁹⁸⁸ Koska viimeksi mainittu on rikosprosessissa ja indispositiivisissa riita-asioissa jo yhteiskunnallisista intresseistä tärkeää, näytön kattavuudesta huolehtiminen

984 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman, s. 55. Hän viittaa oma-aloitteisuudesta ratkaisuun NJA 1987 s. 48, jossa oli kysymys lasten huollosta. Toinen vanhemmista kertoi HO:n pääkäsittelyssä olosuhteidensa muuttuneen (uusi asuinkumppani, jolla jo kolme lasta tälläkin). HO:n olisi HD:n mukaan pitänyt hankkia uusi olosuhdeselvitys sosiaalilautakunnalta. Juttu palautettiin HO:een.

985 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 55 – 56 ei kiinnitä huomiota EIS:een, mutta toteaa, että mitä intensiivisemmin oikeus puuttuu asian selvittämiseen, sen vaikeammaksi sille tulee tiukan objektiivisena pysyminen näytön harkinnassa. Objektiivisuus yleensäkin ja tuomioistuimen mahdollisuus saada aineistosta yleiskuva on haluttu varmistaa, ja tätä auttaa se, että tuomioistuimen tehtävä yleisesti ottaen rajoitetaan tutkimaan sille esitetyn näytön todistusarvoa.

986 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 56 alaviite 194. Hän viittaa ratkaisuun NJA 2006 s. 457. Siinä kysymys oli liikennerikkomuksesta (turvavyön käyttämättä jättäminen). TR:ssä kuultiin syyttäjän todistajaa ja syytetyn todistajaa. TR punnitsi lausumia ja hylkäsi syytteen syytetyn todistajan lausumaan viitaten. HO:ssa syytetty ei ollut paikalla eikä myöskään hänen todistajansa. Syyttäjän todistajaa kuultiin. HO sovelsi ”luottamuspykälää” (RB 51:23) ja syyte jäi hylätyksi. HD katsoi, ettei HO ollut menetellyt virheellisesti, kun ei ollut prosessinjohtotoimenä huomauttanut todistajan poissaolosta syyttäjälle.

987 Diesen 1994 s. 29 arvioi, että oikeustieteessä vallinne yksimielisyydestä tästä. Juuri varmuuden käsite näyttää olevan Diesenille keskeistä kattavuudessa: mitä laajempi kattavuus, sitä suurempi varmuus lopputuloksella on; s.101 ja 112.

988 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 56.

on uskottu myös tuomioistuimelle,⁹⁸⁹ ei kuitenkaan rikosprosessissa syytetyn vahingoksi.⁹⁹⁰

Näkökohta, johon ei kovin paljon ole pantu huomiota robustiuden kohdalla on se, että robustiudesta huolehtiminen ja preklusio saatavat olla vastakkaisia intressejä. Kysymys kulminoituu ”pätevän syyn” kynnysen tulkinnessa. Virolainen,⁹⁹¹ kritisoidessaan Leppäsen lievempää kantaa, kannattaa tiukkaa preklusiota:

”Pätevän syyn kynnys on asetettava konkreettisessa tapauksessa preklusiosääntelyn yleisen preventiivisen tehon säilyttämiseksi eli valmistelun joutuisuuden, pääkäsittelyn keskityksen sekä todistelun välittömyyden vuoksi riittävän korkealle. Kynnystä ei kuitenkaan pidä asettaa liian korkealle, jotta väärän tuomion riski ei kasvaisi preklusion johdosta kohtuuttoman suureksi.”

Virolainen esittää tässä ankarat ”madonluvat” myös asianajajille:

”Pätevää syytä” koskeva todistustaakka on siten säilytettävä sille asianosaiselle, joka pyrkii esittämään uutta aineistoa eikä näyttövaatimusta tule laskea todennäköisistä syistä ”syytä olettaa” -tasolle. Merkitystä ei tule antaa todisteen (tai uuden oikeustulosieikan) merkittävyydelle jutun ratkaisun kannalta, sillä kun on kyse asianajajasta, voidaan perustellusti väittää, että on erityisen huolimatonta jättää juuri merkityksellinen todiste valmistelussa ilmoittamatta. Todisteen merkitys selviää sitä paitsi usein vasta pääkäsittelyssä todistetta yhdessä muiden todisteiden kanssa vastaanotettaessa. Uutta todistetta esittämään pyrkivän asianosaisen vastapuolen suostumukselle ei tule antaa pätevän syyn arvioinnissa painavaa merkitystä.”⁹⁹²

989 Jos arvioidaan Edelstamin (teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman) 2009 s. 55 ja 56 viittaamia, edellä alaviitteessä mainittuja ratkaisuja NJA 1987 s. 48 ja NJA 2006 s. 457 suomalaisesta perspektiivistä, ne olisi ehkä ratkaistu samalla tavalla kuin HD teki: uuden olosuhdeselvityksen hankkiminen sosiaalilautakunnalta olosuhteiden melko tavalla muututtua on arkipäivää täälläkin, ja samoin luottamuspykälä eli OK 26:15.2 (165/1998) suojaasi silloisessa sanamuodossaan luottamusta pysyvyyteen suunnilleen samalla tavalla kuin RB 51:23 Ruotsissa. Jälkimmäisen ratkaisun perusteluihin sisältyy tosin pohdintaa herättävä obiter-maininta: HD:n mukaan HO ei olisi tehnyt virhettä, vaikka se olisi huomauttanut prosessin johdon puitteissa syyttäjää todistajan puuttumisesta. Totta on kyllä, mitä HD sanoo perusteluissaan HO-käsittelyn merkityksettömyydestä, kun todistajaa ei voitu kuulla, mutta toisaalta syytetty on voinut luottaa alioikeuden ratkaisun muuttumattomuuteen. Kysymys oli vähäisestä jutusta ja juttu ratkaistiin syytetyn puhelinsuostumuksella ilman että hän oli läsnä. Jos syyttäjä olisi HO:ssa halunnut kuulla syytetynkin todistajan, pääkäsittely olisi pitänyt peruuttaa – luottamus ei enää olisi ollut ”voimassa”. – Jälkimmäisestä ratkaisusta käy myös ilmi, miten näytön robustius voi liittyä todistusharkintaan. Kun luottamuspykälä eli nykyään OK 26:16 estää, tietyn alioikeudessa esitetyn näytön jäädessä pois, muuttamasta HO:ssa ratkaisua (muuten kuin syytetyn eduksi tai kun todistelua ei enää voida ottaa vastaan), se tavallaan ”lukitsee” alioikeuden harkitseman lopputuloksen tuon näytön osalta. Uutta selvitystä lainkohta ei koske.

990 Tosin RB 35:6 ei sisällä yleistä tai nykyisen OK 17:7:n tapaan nimenomaista kvalifioitua (”jos se todennäköisesti ei tue syytettä”) kieltoa hankkia todisteita syytetyn vahingoksi.

991 Virolainen 1999, s. 138. Kursivointi Virolaisen.

992 Virolainen 1999, s. 138.

Virolainen mainitsee myös preklusion yhteydessä tuomarin prosessinjohtovelvollisuuden valmistelussa ”tarpeettoman aineiston karsimiseen tähtäävänä rajoittavana” velvollisuutena, mutta ei hänen mahdollisia toimiaan robustiuden varmistamiseksi.⁹⁹³

Mielestäni Virolaisen argumentointi on sikäli ristiriitaista, että hän sillä tosiseikalla, että todisteen merkittävyys käy ilmi vasta pääkäsittelyn todistelumenettelyssä, perustelee tiukkaa kynnystä syyn pätevyydelle. Eikö tuo tosi-seikka pikemminkin vaikuttaisi toisin päin, kun kysymys ei ainakaan tällöin olisi asianajajan virheestä? Toiseksi, keskitys, välittömyys⁹⁹⁴ ja joutuisuus ovat hyviä periaatteita, mutta jos uusi todiste tiedetään merkitykselliseksi, niiden tulee väistyä – muutenhan ratkaisu tehdään tietoisesti perustalla, joka tiedetään relevantilta osalta vajavaiseksi. Tässä kuviossa ei robustiin näyttöaineistoon pyrkiminen tarvitse teoreettisia perusteluja. Ongelmallista on myös, jos tällaisella menettelyllä *rangaistaan päämiestä, kun oletetaan hänen asianajajansa olleen huolimaton*. Asianajajan ”ojentamiseen” on muita keinoja, päämiehen asiaa ei sillä tule vaarantaa.

Lisäksi näytön robustius ja preklusio ovat ehkä hiukan yllättävälläkin tavalla suotuisessa vuorovaikutuksessa keskenään. Näytön robustiutta palvelee nimittäin usein käytännössä preklusioon liittyvä kontradiktorisuuden ja tasa-aseisuuden periaate. Jos asianosaiselle annetaan mahdollisuus esittää uutta todistelua, vastaava mahdollisuus annetaan myös vastapuolelle. Tämä lisää epäilemättä teemaa koskevan kokonaisnäytön robustisuutta – ja estää samalla sitä vinoutumasta. Sama periaate koskee jopa tilannetta, jossa kuullaan asiantuntevaa henkilöä oikeudellisista kysymyksistä suullisesti; tällöin myös vastapuolelle tarjotaan tilaisuus kuulustuttaa omaa asiantuntevaa henkilöään. Näyttö tulee robustimmaksi, kun preklusioportti avataan.

6.10.2.3.3 Pro exemplo: KKO 2002:47, esittelijän mietintö

Varhaisena esimerkkinä kattavuuden merkityksestä on esittelijän [Sami Myöhänen] mietintö jutussa KKO 2002:47, vaikka tätä termiä ei käytettykään.⁹⁹⁵

993 Virolainen 1999, s. 137.

994 Vrt. skeptiset Magnussen – Stridbeck 2020, s. 11 alaviite 23: todistelun välittömyydellä on hyviä perusteita, kuten kontradiktorisuuden merkitys ja mahdollisuus esittää jatkokysymyksiä, ja on olemassa todistajanpsykologista tutkimusta, joka ”synes å utfordre dette prinsippet”. Kysymys on uskottavuuden (troverdighet) arvioinnista. Kirjoittajat viittaavat kuitenkin tutkimuksiin, joiden mukaan todistajan esiintymiseen perustuvat valhe-totuus-arvioinnit ovat täysin epäluotettavia; lisäksi monet muut tutkimukset osoittavat, että kasvoistakasvoihin-tilanteissa arviointeihin syytetyistä, asianomistajista ja todistajista vaikuttavat monet seikat, joilla ei ole tekemistä uskottavuuden kanssa. – Ks. myös jo Magnussen – Melinder 2014, s. 619. Heidän antamansa kuva on käsittääkseni virheellinen tai ainakin liian synkkä; vaikuttaa siltä, että he sivuuttavat inhimillisen oppimiskyvyn kokonaan (ks. esim. s. 620).

995 Ennakkopäätökseen liittyy muitakin merkillepantavia näkökohtia, joita olen selostanut eri kohdissa, kuten ei vartenotettavaa epäilyä -kynnyksen käyttämisen yhteydessä. Tässä mahdollisuudet näytön hankintaan olivat merkityksellisiä sekä näytön vahvuuden että sen robustiuden kannalta. Kysymys oli useita vuosia aikaisemmin sattuneesta tapahtumasta. – Jutun todistelutilanne KKO:ssa oli sellainen, että laivamatkalla mukanaolon (todistustositseikan) näytetyksi katsominen johti suoraan rikoksen syyksilukemiseen eli oikeustositseikaston hyväksymiseen (tai vastaavasti sen näyttämättä jääminen hylkäämiseen).

Kysymys oli tappoa koskevasta syytteestä, ja keskeinen riitakysymys oli, oliko syytetty X ollut mukana laivamatkalla, jolta Y oli työnnetty mereen. Kattavuus liittyi näkemykseen näyttökynnyksen ja samalla kattavuusvaatimuksen joustavuudesta rikoksen laadun mukaan. Esittelijä lausui muun ohella näin:

”D:n esitutkintakertomuksen ja I:n todistajana antaman kertomuksen sekä niitä tukevan muun näytön perusteella vaikuttaa sinänsä todennäköisemmältä, että X oli ollut syytteen edellyttämällä laivamatkalla ja tappanut Y:n kuin ettei X olisi näin menetellyt. Kuitenkin kysymys siitä, oliko X osallistunut tietylle laivamatkalle, on näytön saatavuuden suhteen lähtökohtaisesti sellainen, että osallistumisen tueksi on perusteltua olettaa saatavan muutakin näyttöä kuin nyt esitettyä pääasiassa välillistä henkilötodistelua. Siihen nähden, että asiassa on kysymys vakavasta rikoksesta ja pitkään vankeusrangaistukseen tuomitsemisesta, syytteen tueksi esitettyä näyttöä ei voida pitää erityisen vakuuttavana. Lisäksi K:n päiväkirjamerkintä sekä K:n ja hänen poikansa kertomukset kokonaisuudessaan ovat vahva näyttö sen suhteen, että X oli ollut 26.1.1993 koko päivän töissä K:n tilalla, eikä hän siten ollut voinut osallistua laivamatkalle, jolla Y katosi. Kun edellä sanotun perusteella X:n syyllistymisestä syytteessä väitettyyn Y:n tappoon jää järkevä epäily, syyte hylättäneen.”

Siihen, miten vahvaa ja kattavaa näyttöä vakavassa henkirikoksessa syytteen hyväksymisen tueksi voidaan vaatia, vaikuttavat yhteiskunnalliset arvostukset. Mietinnön pohdiskelut ovat loogisia; onhan luontevaa olettaa, että kuvastusta ulkoisesta tosiseikasta, matkalle osallistumisesta, voi olla saatavissa esitetyn lisäksi muutakin näyttöä. Näyttökynnyys tuossa tilanteessa on asetettu sellaiselle tasolle, että kun esitettyä näyttöä verrataan siihen, voidaan harkinnan lopputuloksena sanoa, ettei esitetty näyttö ole kynnykseen nähden ”erityisen vakuuttavaa”.

Mietinnön argumentoinnissa lähdettiin käsittääkseni siitä, että kattavuusvaatimus vaikuttaa todistusharkinnan kautta. Oikeastaan näyttökynnyksellä ja kattavuuskynnyksellä on yhteinen nimittäjä: rikoksen vakavuus – ja sen mukaisesti seuraamusten ankaruus. Toisaalta, kun kysymys on tämän vakavuusasteen syytteestä, voi tuskin tulla kysymykseen Diesenin alun perin suosittelema menettely, että syyte saattaisi tulla hylätyksi jo syyttäjän todistusaineiston riittämättömän kattavuuden perusteella – eli sen vuoksi, että syyttäjällä olisi ollut vastaajalle ”no case to answer”.

Myös ennakkopäätöksessä KKO 2004:60 voidaan nähdä argumentointia robustiuden merkityksestä.⁹⁹⁶

996 Turunen 2004, s. 437.

6.10.2.4 Vajeen huomioon ottaminen ja merkitys päätösharkinnassa: yksi vai kaksi ”vaakaa”

6.10.2.4.1 Oikeuskirjallisuudesta

Oikeuskirjallisuudessa on kahtalaista näkemystä siitä, mitä kautta puuttuva robustius tulee ratkaisutoiminnassa ottaa huomioon: vedenjakajana on, ote- taanko vaje huomioon todistusharkinnassa vai muutoin. Yhden näkemyksen mukaan sitä ei voida ilmaista näyttöarvokysymyksenä, sillä robustius ei ole näyttöongelma: todistustaakkasäännöt eivät ilmaise, miten paljon selvitystä vaaditaan. Puuttuva robustius ei siten vaikuttaisi todistusharkinnan tuloksena olevaan yhteiseen näyttöarvoon. Näyttöarvoa ja selvityksen robustiutta ei siksi tulisi ilmaista samalla asteikolla.⁹⁹⁷ Tällä kannalla ovat ainakin Lindell, Diesen ja Strandberg.

Ellei robustiudella ole välitöntä yhteyttä todistusharkintaan ja näyttökyn- nykseen, näyttökynnyksen lisäksi tulee konstruoida selvittämiskynnys. Erään näkemyksen mukaan selvittämiskynnys voi vaihdella rikoksen vakavuuden mu- kaan Ei kuitenkaan ole yleistä lainsäädännöstä, jossa selvästi tuotaisiin ilmi, että rikosjutuissa yleisesti olisi voimassa selvittämiskynnys, eikä käytäntökään anna sellaiselle tukea.⁹⁹⁸

Toisen käsityksen mukaan robustius vaikuttaa näyttöarvoon. Edelstam⁹⁹⁹ toteaa, että robustiuden puutteellisuus johtaa yleensä näyttöarvon alenemiseen. Käsityksellä, että robustiuden aste vaikuttaa näyttöarvoon, on myös yhteys nä- kemykseen siitä, millainen rikosasian näyttökynnys on. Sen käsityksen mukaan, joka vallinnee käytännön tuomarien keskuudessa, näyttökynnys asetetaan kor- keammalle, kun kysymys on vakavammasta rikollisuudesta. Vakavia rikoksia koskevilla jutuilla vaadittaneen robustimpaa näyttöä kuin lievemmissä. Tuo- mioistuimet eivät myöskään paneudu niin voimakkaasti todistusharkintaan lie- vässä kuin vakavassa rikosjutussa. Vaikka on eri käsityksiä, *miten* robustius on otettava huomioon, lienee yksimielisyys siitä, *että* se on rikosjutuissa otettava huomioon, Edelstam arvioi.

Lindell¹⁰⁰⁰ katsoo, ettei oikeuden tule dispositiivisissa jutuissa puuttua robustiuteen RB 35:1:n nojalla, kun selvittämistäakka on asianosaisilla, Kun jätetään huomiotta, että voi olla tuntematonta näyttöä, täytyy jutussa esitettyä aineistoa pitää täydellisenä.

⁹⁹⁷ Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 188.

⁹⁹⁸ Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 188. Hän huomauttaa, että ilmaisusta ”ei voida katsoa selvitetyn” ei voitane varmuudella päätellä, tarkoitetaanko näyttö- vai selvittämiskynnyksen tavoit- tamatta jäämistä. Hän viittaa tämän esille tuoneeseen Dieseniin 1994, s. 109.

⁹⁹⁹ Edelstam s. 189 alaviitteessä 173 viittaa kahteen, Munck ja Cars, mutta Diesen on toista mieltä: 1994 s. 113: objektiivisen tunnusmerkistön osalta näyttökynnys on sama kaikentyyppisissä rikoksissa, selvitysaste kui- tenkin vaihtelisi jutun laadun mukaan.

¹⁰⁰⁰ Lindell 1990, s. 18 – 21.

Tällöin putoaa pois myös todistusarvoteorian jäännösarvolle esittämä perustelu, joka koskee juuri viittausta siihen, että voi olla tuntematonta näyttöä. Silloin todennäköisyys jutussa on jaettavissa molempiin suuntiin 100 prosenttiin asti, mikä vastaa teemametodin lähtökohtaa. – Indispositiivisissa jutuissa ja rikosjutuissa on robustiuden huomioon ottaminen Lindellin mukaan perustellumpaa. Rikosjutuissa ei sitä tule ottaa huomioon laskemalla esitetyn näytön todistusarvoa sillä perusteella, että oletetaan tai aavistellaan olevan tuntematonta näyttöä; sellaisen todistajan kertomuksen arvioiminen on puhdasta arvaamista. On kuitenkin arvokasta saada robustiuden terminologialla mitta selvityksen täydellisyydelle, jotta voidaan arvioida, onko rikos sellainen, että on yhteiskuntataloudellisesti puolustettavaa viedä tutkinta pidemmälle. Mitä vakavampi rikos on, sitä suurempi täytyy panostuksen selvittämiseen olla, Lindell lausuu. – Rikosjutuissa teemametodia voidaan Lindellin mukaan täydentää robustiusasteikolla. On väitetty, että kahta asteikkoa ei voi käyttää, koska näyttökynnystä koskee yhtenäinen asteikko. Näyttövaatimus ei kuitenkaan kerro, miten paljon selvitystä vaaditaan. Näyttövaatimus mittaa, miten vahva todennäköisyyden tulee esitetyn aineiston perusteella olla, ja periaatteessa on eri kysymys, onko esitettyä aineistoa pidettävä riittävänä. Väärän tuomion riski perustuu myös siihen, miten täydellistä selvitys on, mutta jotta voitaisiin arvioida tätä riskiä, punnita toisaalta rikostyyppiä ja asian tärkeyttä ja toisaalta jatkettun selvityksen kustannuksia, tulee Lindellin mielestä riskin arvioinnissa käyttää kahta asteikkoa. Jos tällöin hyväksytään selvityksen laajuus, mikä lopulta on oikeuspoliittinen kysymys ja tulee ratkaista erikseen, ja todennäköisyyttä pidetään määrän kannalta riittävänä, asia on selvä; puutteellinen robustius ei vaikuta siihen todennäköisyyteen, joka saatiin esitetyn aineiston perusteella, Robustiuteen kohdistuu tällöin kustannus/riski/haitta-arviointi, joka on näyttökynnykselle rinnakkainen. Sellaisia punnintoja ei Lindellin mielestä voida ainakaan avoimesti tehdä, kun kvantiteettia ja kvaliteettia arvioidaan samalla asteikolla. Kummankin suureen arvot yhdistetään sen sijaan kertolaskulla toisiinsa. Tämä tarkoittaa, että kaikenlaiset jutut ”vedetään yhdellä kammalla”. Yhtä paljon selvitystä vaaditaan periaatteessa kaikissa jutuissa, lievimmästä törkeimpään. Onko tämä hyväksyttävää, Lindell kysyy.

Lindell¹⁰⁰¹ toteaa, että todistusarvometodin mukaan teeman negaation todennäköisyydestä ei tiedetä mitään tai ei ainakaan mitään määrättyä, mutta katsoo, ettei tämä käsitys useista syistä ole kestävä. Tuomari, joka ajattelee todistajan valehtele-
 van, otaksuu myös jotakin muuta vastakohdasta. Tällöin ei tarkoiteta pelkästään otaksumista valhe tai totuus -kysymyksessä, vaan myös otaksumista sen asianlaidan vastakohdasta, josta todistaja lausuu. Teeman negaatio voidaan vuorostaan jakaa useisiin mahdollisiin vaihtoehtoihin. Teemametodin mukaan ei ole mahdollista lausua minkään ajateltavissa olevan vaihtoehdon todennäköisyydestä. Teemametodi

1001 Lindell 1990, s. 20 -21.

kertoo, että teeman negaatio, joka tällöin sisältää mahdollisuuksien alueen, on 0,7, jos valehtelevan todistajan kertomukseen sisältyvän väitteen todennäköisyydeksi arvioidaan 0,3, Lindell toteaa.

Ekelöfin mukaan ”se, että tutkintaa ei ole tehty loppuun asti, vaikuttaa negatiivisesti näyttöarvoon, koska silloin voidaan ajatella, että löytyy todisteita, jotka puhuvat vastoin sitä, mikä siihen saakka on tullut esiin.”¹⁰⁰² **Boman**¹⁰⁰³ tulkitsee tätä niin, että ”jos tiedetään, että syytteen tueksi on lisääkin näyttöä, puuttuvalla robustiudella ei ole mitään merkitystä.” **Diesen**¹⁰⁰⁴ tulkitsee taas näitä kantoja niin, että Ekelöfin kanta tarkoittaa, että käsillä olevaan näyttöarvoon vaikuttaa puuttuva näyttö, oli se puolesta tai vastaan; Bomanin kanta taas tarkoittaa, että se vaikuttaa vain, jos se on syytettä vastaan. Diesenin mukaan sekä Ekelöf että Boman ovat väärässä. Esittämättä jääneet todisteet eivät vaikuta johtopäätöksen varmuuteen, ei lisäävästi eikä vähentävästi. Esitetyn näytön todistusarvo pysyy samana. Esittämättä jääneistä todisteista ei tiedetä, miten ne vaikuttaisivat kokonaistodistusarvoon, eikä robustiutta voi siten ilmaista näyttöarvoilla. Bomanin kantaan Diesen huomauttaa, että vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen mahdollisuus kaventuu, jos tiedetään olevan syytettä tukevaa lisänäyttöä.

Diesenin mukaan¹⁰⁰⁵ harkinnan tulee tapahtua eri asteikoilla, sillä suureet ilmaisevat erilaisia arviointien muotoja, ja selvityksen laajuus on lisäksi Lindellin toteamin tavoin oikeuspoliittinen kysymys.¹⁰⁰⁶ Diesen ottaa käyttöön selvittämiskynnykäs-käsitteen, joka koostuu kolmesta seikasta: prosessimateriaalin avulla tulee pitää huolta siitä, 1) mitä yleensä vaaditaan esillä olevaa rikosta koskevan väitteen tutkimiseksi, 2) mitä konkreettisesti tapauksessa vaaditaan, jotta voitaisiin tutkia syytetyn järkevät väitteet, ja 3) mitä konkreettisesti tapauksessa vaaditaan, jotta voitaisiin eliminoida mahdollisesti jäljellä oleva epävarmuus. Syyttäjä kantaa riskin siitä, että vapauttava vaihtoehto ei ole tutkittavissa. Selvityksen tulee olla järkevässä suhteessa jutun arvoon ja koskea lisäksi konkretisoitavia selitysvaihtoehtoja. Jos rikos on vakava, syyttäjän täytyy yhä suuremmassa määrin pitää huolta siitä, että voidaan eliminoida selitykset, jotka normaalisti liittyvät kyseiseen rikokseen; muutoin hän ottaa riskin, että oikeus löytää selitysvaihtoehdon, jonka järkevyyttä ei voida tutkia. ”Under processen kommer nämligen rätten att självständigt uppställa alternativa hypoteser till den tilltalades förmån.” Kaiken kaikkiaan oikeuden tulee vapauttaa syytetty, paitsi varteenotettavan epäilyksen jäädessä todistusharkinnan jälkeen, myös silloin,

1002 Ekelöf teoksessa Ekelöf – Boman 1995, s. 128 – 129.

1003 Boman teoksessa Ekelöf – Boman 1995 s. 129 alaviite 20.

1004 Diesen 2015, s. 177 – 178.

1005 Diesen 2015, s. 180 – 183. Vaadittavan näytön ja robustiuden suhteesta ks. myös Pölönen 2003, s. 130 – 131.

1006 Diesen viittaa Lindelliin 1990, s.20.

kun prosessiaineisto on liian laihaa järkevyyden tutkimisen mahdollistamiseksi. Syyte kaatuu siis jo selvitysvaatimuksen täyttymättä jäämiseen.

Strandbergillä itsellään taas on kahden kriteerin malli: robustius erikseen ja todistusharkinta erikseen, toisin sanoen robustiuden arviointia ei sisällytetä todistusharkintaan.¹⁰⁰⁷ Todennäköisyys ja robustius ovat todennäköisyyslauseman kaksi erillistä dimensiota; on kaksi erillistä ongelmaa, eikä näitä kahta ongelmaa voida yhdistää yhdeksi asteen ilmaisuksi. Hänen mukaansa erolla on suuri vaikutus todistus oikeudelle, ja ongelma on sekä juridisesti että teoreettisesti laaja.¹⁰⁰⁸

6.10.2.4.2 Omia pohdintoja

Vaikka Diesenin esitysten valossa jää hiukan epäselväksi, missä vaiheessa hän tarkoittaa kattavuuden tulevan tutkituksi ja kattavuusvajeen paikkaamiseen ryhtyttävän, lopputulos vajeen jäämisestä ja siten hänen vastauksensa neljänteen kysymykseen on nähdäkseni selvä. Koko prosessin aikana ja ennen todistelun näyttöarvon tutkimista tuomioistuin Diesen mallissa arvioi, onko olemassa riittävää selvitystä, oikeudenkäyntiaineistoa, toisaalta kaikkien teon osatekijöiden tutkimiseen, toisaalta siihen, että voitaisiin tutkia jutussa olevia järkeitä vaihtoehtoisia selityksiä eli onko syyttäjä täyttänyt selvitysvaatimuksen. Jos näin on, oikeus arvioi lopuksi, missä määrin kaikki vaihtoehtoiset hypoteesit voidaan katsoa eliminoiduiksi. Diesen menee siis ymmärtääkseni kaikkein pisimmälle: vaje johtaisi siihen, ettei tuomioistuimen tarvitse edetä harkinnassa lainkaan toiseen vaiheeseen eli näytön harkintaan.¹⁰⁰⁹

Vaikka tunnustettaisiin hyväksi tavoitteeksi pyrkiä mahdollisimman suureen kattavuuteen, jossakin kohden tulee käytännössä vastaan raja, jonka ylittämisen jälkeen ei lisätodistelu enää tunnu järkevältä, olkoon että kysymys voisi olla itsessään relevanteista todisteista, jotka tekisivät näyttöratkaisun pohjaa osaltaan ainakin jonkin verran kattavammaksi. Kuka tuon rajan asettaa, miten, missä vaiheessa ja minkälaisin kriteerein? Jo vanhastaan kysymys on ollut todistelun ”taloudellisuudesta,” mutta oikeustaloustieteen eskalaatio on avannut tämän rajanvedon suorittamiseen uusia näköaloja.

Kysymysten pohdinta paljastaa näyttöön liittyvän päätöksenteon eri osaluokkien systeemien voimakkaan vuorovaikutuksen. Vaikka näennäisesti

1007 Strandberg teoksessa Diesen – Strandberg 2012 s. 230 – 231 kyllä katsoo Ekelöfin todistusarvoteorian kattavan myös näytön robustiuden, koska se sisältyy jo Ekelöfin käyttämän *todistusarvon määrittelmään* (kursivointi Strandbergin). – Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 336 suo arvionantoa Strandbergille tästä havainnosta, jota hänen mukaansa Ekelöf ei itseään täysin riittävästi pannut merkille.

1008 Strandberg 2012, s. 56.

1009 Diesen 1994, s. 109. Tämä muistuttaa nähdäkseni *common law*’n no case to answer -menettelyä eräiltä osin. Erona on ainakin se, että prosessin katkaisee eli syytteen hylkää oma-aloitteisesti tuomioistuin, eikä syytetyn puolustuksen pyyntöä tarvita (eikä siis ole riskiä sellaisen pyynnön hylkäämisestäkään, kuten *common law* -menettelyssä).

kysymykset ja niistä päättämiset käytännön sovellustilanteessa näyttäisivät kuuluvan todistelun ulkoiseen puoleen, todisteiden hankintaan ja niiden esittämiseen, todellisuudessa koko ajan taustalla suoritetaan – niin asianosaisten kuin tuomioistuimenkin taholta – ainakin alitajuisesti, mutta (julkilausumatomaan) väliaikatulokseen vaikuttavasti – myös todisteen ennakoivaa harkintaa, siis todistusharkintaa todisteen potentiaalisesta näyttöarvosta. Näin kai ainakin pitäisi olla.

Kysymyksen ei kuitenkaan tarvitse herätä vasta hankitun todistelun esittämisen aikana, vaan se on ajankohtainen koko prosessin ajan, tosin eri tahoille kuin tuomioistuimelle. Jo ennen syytteen nostamista syyttäjä joutuu arvioimaan, onko kaikki tarpeellinen näyttö hankittu, ja sama koskee dispositiivisen riita-asian kantajaa ja vastaajaa.

En ole vakuuttunut Strandberginkaan korostamasta todennäköisyyden ja robustiuden erottelun suuresta relevanssista. Teoreettisesti se on huomionarvoinen, mutta käytännössä sen merkitystä ei juuri havaitse – ellei sitten kuljeta Diesenin ”oikotietä hylkäämiseen”. Tuomarin työssä ei ole juuri tullut eteen tilanteita, joissa olisi käynyt ilmi, että jotain näyttöä olisi ilmeisesti laiminlyöty hankkia. Ehkä asiat on vain valmisteltu hyvin? En tunne muualtakaan tapauksia, joissa oikotietä olisi kuljettu.¹⁰¹⁰ Pikemminkin ongelmana on ollut, että todistajat eivät saavu paikalle tai ovat ylipäättään jääneet yrityksistä huolimatta kokonaan tavoittamatta. Tämä ei ole teoreettinen, vaan käytännöllinen ongelma. Jos todistajan nimennyt tällöin luopuu todistajan kuulemisesta, jää kyllä ilmaan teoreettisempi kysymys, oliko tämä luopumusharkinta perusteltu: mikä merkitys poisjätetyn todistajan kertomuksella olisi ollut? Lisäisikö Strandbergin malli myös jutun käsittelyn ja arvioimisen teoreettista (ja tarpeetonta) ”strukturoidintia” eli piirretäänkö yhden asteikon lisäksi toinen ja miten ne korreloivat keskenään?

Milloin edellä mainittu harkinta suoritettaisiin? Vaikka pääkäsittelyä voidaan niin RB:n kuin OK:nkin mukaan täydentää, tuntuisi kuitenkin aika oudolta menettely, että ovien sulkeuduttua käynnistettäisiin, jopa tuomioistuimen aloitteesta, jatkoprosessi lisätodistajien kuulustelemiseksi.¹⁰¹¹ Vähintäänkin menettely olisi yleisohjeena systeeminvastainen ja murtaisi keskittämisperiaatteen.

Ehkä voitaisiin sanoa niinkin, että robustiusedellytys vaikuttaa ohjaavana tekijänä taustalla kaikissa edessä hahmotelluissa osaprosesseissa (osajärjestelmissä). Näin tapahtuu ainakin siinä ideaalitulanteessa, jota Diesen ymmärtääkseni

¹⁰¹⁰ Esimerkkinä robustiuden (ja samalla hypoteesimetodin) yhteydessä Frände 2017, s. 734 – 735 viittaa ennakkopäätökseen KKO 2013:77. Siinä KKO katsoi näytön siinä määrin puutteelliseksi, että vaihtoehtoisia tapahtumainkulkua ei voitu sulkea pois. Molemmissa syytteet hylättiin näyttämättöminä. Fränden näkemyksen mukaan syyte olisi tässä tapauksessa voitu hylätä myös riittämättömän selvityksen (eli ymmärtääkseni puuttuvan robustiuden) perusteella.

¹⁰¹¹ Ennennäkemätöntä tällainen ei ole. Voihan esimerkiksi ulkomailla tietymättömissä ollut puolustuksen silminnäkijätodistaja tulla yllättäen saapuville. Tällöin lienee kuitenkin kysymys poikkeuksellisesta tilanteesta, ei normaaliksi käytännöksi tarkoitettua menettelyä.

enimmäkseen ajaa takaa. Käytännössä kysymys riittävän lujuuden puuttumisesta tulee tietoiseen harkintaan vasta silloin, kun vaje on niin suuri, että se ”herättää ajattelemaan”. Tämä ei kuitenkaan poista sitä, että se voi toimia taustalla ajatusprosessissa tiedostamattakin.

6.10.3 Omia yhteenvedonomaaisia pohdintoja robustiudesta

Teoreettisesti robustisuutta voitaisiin käsittääkseni ainakin joissakin suhteissa verrata reliabiliteettiin: mitä useammin sama koe antaa saman vastauksen, sitä luotettavampi eli reliaabelimpi se on. Jos siis tietynlaiseen teemaan kohdistuvat todisteet kerätään mahdollisimman hyvin ja todistusharkinta (”koe”) antaa saman tuloksen, voidaan sanoa, että todistusaineisto *on ollut* vakaa, robustinen. Luonnollisesti testi mittaa ensi sijassa ”koetta” eli todistusharkintaa, mutta aineiston samuus ei ole merkityksetön. Jos aineisto olisi erilainen mutta tulokset aina sama, tulisiko hälytyskellon soida?

Käytännössä kysymys todistusaineiston kattavuudesta koskee lähinnä rikosasioita ja indispositiivisia riita-asioita – asioita, joissa tuomioistuimella on jonkinasteinen inkvisitoris-vivahteinen rooli sen valvomisessa, että asia tulee myös todistelun osalta riittävästi käsitellyksi. Dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimen mahdollisuudet puuttua todistelun kattavuuteen ovat rajalliset, koska asianosaiset disponoivat myös näytöstä.

Voitaneen kuitenkin sanoa, että myös rikosasiassa tuomioistuimen tosiasialliset mahdollisuudet ovat usein olemattomat. Resursseja sellaisen mahdollisuuden selvittämiseen ei normaalitilanteessa ole, eikä se etukäteen olisi suotavaakaan. Ilman riittävää esiymmärrystä jutusta tuomioistuin ei tosin voi olla selvillä, miten laajaa kattavuutta todistelulta voidaan jutussa edellyttää, mutta tunnetusti käsitykset esitutkintaan etukäteen tutustumisesta ja *sen* laajuudesta vaihtelevat.

Käytännön toteutus voi olla työlästä: esimerkiksi pääkäsittelyn lykkääminen uuden todistajan kuulustelemiseksi voisi tulla kysymykseen, mutta sellainen on harvinaista. Joka tapauksessa se sotisi käsittelyn keskittämisen tavoitetta vastaan. Mahdollisen puuttumisen pitäisi tästäkin syystä tapahtua jo ennen oikeudenkäyntiä – muuten ollaan helposti vanhanaikaisessa lykkäämistilanteessa. Rikosasioissa voidaan meilläkin järjestää valmisteluistuntoja, mutta näin tapahtuu käytännössä vain laajemmissa jutuissa. Rikosasiassa robustiuden puuttuminen ei voi tarkoittaa uutta todistajaa, jos sen voidaan olettaa koituvan syytetyn haitaksi. Tämän ennustaminen voi olla vaikeaa. Kokonaistilannetta tasapainottavat esitutkinnan laadun huomattava paraneminen, syyttäjää koskeva objektiivisuusvelvoite ja ennen kaikkea kvalifioitu avustaja- ja puolustajajärjestelmä.

Relevantti näyttö saadaan käytännössä yksilöidyksi; todellista tarvetta määrätä uusi todistaja tuomioistuimen toimesta ei juuri liene.¹⁰¹²

Eräissä indispositiivisissa asioissa lainsäätäjä on kuitenkin antanut tuomioistuimille merkittävän roolin yhteiskunnan ”koneistossa” ja vastaavasti toimimisvallan yhteiskunnallisen tarkoituksensa toteuttamiseksi, kuten edunvalvontaa ja holhousta sekä lapsen etua koskevissa asioissa on laita. Näissä esimerkiksi asianosaisen väittämistäakalla ei ole ratkaisevaa merkitystä (holhouksen- ja edunvalvonta-asiat) tai sen merkitys on toissijainen (lasten huolto ja asuminen).

6.10.4 Summa summarum: Tarvitaanko robustiuden käsitettä?

Tarvitaanko siis robustiuden, kattavuuden käsitettä, jos sen vajavaisuus johtaisi joka tapauksessa samaan lopputulokseen kuin näytön puuttuva vahvuus? Onko kysymys vain yhden uuden käsiterakennelman ja ”kynnyksen” luomisesta, rakennelman, jolla ei näytä olevan sanottavia yhtymäkohtia tuomioistuimen käytännön työn todellisuuteen? Edellähän kävi ilmi, että dispositiivisissa riita-asioissa tuomioistuimella ei oikeastaan ole roolia robustiuden valvonnassa, samoin kuin ei rikosjutussa sellaisen näytön hankinnassa, joka todennäköisesti koituisi syytetyn haitaksi. Ajatus siitä, että tuomioistuin ryhtyisi aktiivisesti tutkimaan, olisiko uusia todisteita ja kenen hyväksi ne koituisivat, tai ajamaan aktiivisesti syytetyn eduksi koituvan näytön laajentamista, tuntuu oudolta. Onko kysymyksessä inkvisitorisen menettelymuodon raunioille syntynyt teoreettinen rakennelma? Ja tarvitseeko edes teoria vertikaalista dimensiota – eikö näyttökynnyksen horisontaalinen akseli riitä?

Pölönen vastaa kysymykseen tiivistäen näin:

”Selvittämiskynnys oikeudellisena normina on kuitenkin perusteltu, koska se tekee sekä lievissä että vakavissa rikosjutuissa samalla tavalla vakiona pysyvän näyttökynnyksen soveltamisen ymmärrettävämmäksi, ja koska se selventää todistelun määrän ja laadun välistä suhdetta.”¹⁰¹³

Kynnyksen joustamista kannattava skeptikko kaiketi huomauttaisi tähän, että käsitys näyttökynnyksenkin stabiiliudesta on oikeuskirjallisuuden luoma fiktio. Eikö yhtä hyvin voida myöntää, että näyttökynnys vaihtelee jutun laadun mukaan: riitajutun kynnyks on erilainen kuin rikosjutun, ja rikosjutussa näyttökynnys vaihtelee rikoksen laadun, lähinnä sen vakavuuden, mukaan. Näyttökynnyksen joustavuutta kannattavat useat teoreetikot, eivätkä ilman

¹⁰¹² Todellinen ongelma on rikosasiassa useimmiten muualla, nimittäin henkilötodistelun paikalle saamisessa tai vieläpä paikalle kutumisessa.

¹⁰¹³ Pölönen 2003, s. 127.

perusteita. Eikö tämä riitä todellisuudessa kanavoimaan ratkaisuihin liittyvät varmuusedellytykset?

En ole kriitikon kanssa samaa mieltä, mutta mielestäni on vaikea täysin torjua kritiikkiä. Robustius tulee käytännössä harvoin esille.¹⁰¹⁴ Osittain tämä johtuu ratkaisujen perustelutavoista. En tunne tapauksia, joissa tuomioistuimien olisi tuonut esiin syytteen hylkäämisen perusteen sillä tavoin yksilöitynä, että se olisi ollut tulkittavissa nimenomaan robustiuden puuttumiseksi. Esimerkiksi tyypillinen ilmaisu ”ei ole selvitetty...” viittaa käytännössä näytön *vahvuuden*, ei laajuuden, riittämättömyyteen – siitä, että oikeuskirjallisuudessa puhutaan selvittämiskynnyksestä, ei voida tehdä johtopäätöksiä tässä suhteessa sen hyväksi, että kysymys olisi puuttuvasta robustiudesta. Olisi myös haastava tehtävä kirjoittaa perustelu niin, että sitä ei voitaisi tulkita suorastaan neuvoksi, mitä lisänäyttöä olisi ollut tai olisi tarpeen esittää – jotta vaatimus menestyisi.¹⁰¹⁵

Pölösen mainitsema tietyn näkemyksen ymmärrettäväksi tekeminen palvellee lähinnä teoriaa. Asianosaiselle näytön laajuuden irrottaminen näytön vahvuudesta lieenee vähemmän merkityksellistä.

Toisaalta, ei ole järkevää kiistää, että ainakin aikaisemmin joissakin tilanteissa esimerkiksi vajavaisesti suoritettu riitajutun todisteiden kartoitus tai rikosjutussa vastaavasti puutteelliseksi jäänyt esitutkinta saattoi näyttäytyä osasyysksi siihen, että näyttöä ei ollut riittävästi kanteen tai syytteen tueksi. Tällöin myös puuttuva robustius saattoi ehkä kanavoitua puuttuvaksi vahvuudeksi. Näiden erottaminen toisistaan tuntuu Sisäforksen työltä ja jokseenkin mahdottomalta. Tuossa vaiheessa kysymys on aika tavalla semantiikasta.

6.10.5 Keynesistä tarkemmin

6.10.5.1 Weight eli näytön ”paino” Keynesin teoriassa

Kredentiaalien suhteet voidaan ymmärtää toisinkin. John M. Keynes kehitti ”weight”-käsitteensä 1920-luvulla. Tämä käsite tarkoittaa todisteeseen itseensä liittyvää painoarvoa teeman toteuttamiseksi.¹⁰¹⁶ Se ei siis tarkoita todisteen näyttö- eli todistusarvoa todistusharkinnassa sille annetussa muodossa. Ehkä parhaimman esimerkin tästä todisteen painosta antaa todistusteorioita koskevassa debatissa käsille tuotu esimerkki, joka koskee frekvenssien luotettavuutta. Jos kolikkoa heitetään kymmenen kertaa, saadaan kruunan ja klaavan jakaumalle tietty tulos. Jos sitä heitetään tuhat kertaa, saadaan myös tulos.

1014 Poikkeukseksi olen tulkinnut edellä esille tuomani, esittelijän mietintöön sisältyvän viittauksen KKO:n Silja Line -ratkaisussa, mutta en ole varma siitä, onko tulkintani tässäkin oikeaan osunut.

1015 Tällöin tuomioistuimien ottaisi roolin, joka on aika lähellä 1990-luvun ennakkopäätöksiä, joissa hovioikeus palautti jutun syyttäjän lisätodistajan kuulemiseksi ja joissa tämä tulkittiin syyttäjän auttamiseksi.

1016 Strandberg 2012, s. 520.

Jälkimmäisestä tuloksesta voi sanoa, että sen paino, weight, on suurempi kuin ensimmäisen tuloksen.¹⁰¹⁷

Olennaista Keynesin paino-käsitteessä on, että se erotetaan todennäköisyydestä ja pidetään omana käsitteenään. Molemmat ovat kvantitatiivisia suureita. Paino tarkoittaa kaiken sen näytön kokonaisuutta, yhteismäärää, joka kohdistuu teemaan, oli näyttö sitten sitä tukevaa tai heikentävää. Jokaisella todennäköisyyslausumalla on kaksi erillistä ulottuvuutta, todennäköisyysdimensio ja painodimensio. Todennäköisyyden aste voi olla korkea ja painon matala tai päinvastoin, ne eivät kerro toistensa asteesta.¹⁰¹⁸

Kun sekä teeman todennäköisyys että sen paino riippuvat siitä, miten relevantti todiste on, on katsottu, että relevanssi on todennäköisyyden ja painon yläkäsite, johon kumpikin vaikuttaa erillään toisistaan. Jos todiste lisää tai vähentää teeman todennäköisyyttä, se on relevantti. Jokainen todiste, joka lisää painoa, on relevantti.¹⁰¹⁹

Strandberg käyttää esimerkkinä todistelutilannetta, jossa todisteella h_1 on teemalle saatu todennäköisyys 0.85. Tämän jälkeen esitetään todiste h_2 , joka on teeman kannalta negatiivinen eli vähentää sen todennäköisyyttä, ja lopputulos teemalle on 0.45. Tämän jälkeen esitetään kolmas todiste h_3 , joka teemalle positiivisena nostaa teeman todennäköisyyden jälleen arvoon 0.85. Asia on ”*blitt bedre belyst*”. Lopputuloksena siis teeman todennäköisyys on sama, mutta paino on tullut suuremmaksi.¹⁰²⁰

6.10.5.2 Omaa arviointia. Onko painolla painoarvoa?

Strandberg luonnehtii todennäköisyyden ja painon keskinäistä suhdetta kahdella välttämällä: jokainen todiste, joka on relevantti teeman todennäköisyydelle, on relevantti myös painolle, mutta jokainen todiste, joka on relevantti painolle, ei ole välttämättä relevantti todennäköisyydelle.¹⁰²¹

Ensimmäinen väite pitää selvästikin paikkansa. Jälkimmäinen väite on ongelmallinen. Jos ajatellaan todistelua tuomioistuimessa, se väite pitää mielestäni paikkansa korkeintaan teoriassa, mutta ei käytännössä. Ainakaan tästä esitetty esimerkki ei sitä todista. Jo se seikka, että teeman todennäköisyysaste vaihtuu siinä kerta toisensa jälkeen tai joka kerran, kun uusi todiste tulee eli paino kasvaa, osoittaa sen virheelliseksi. Lopputuloksen samuuteen ei voida väitteen tueksi vedota, koska hypoteesin paikkansapitävyyden kannalta on oltava sattumanvaraista, milloin todistelu päättyy ja mikä arvo teeman todennäköisyydellä

1017 Esimerkki on lainattu Brilmayerilta, 1988, s. 160 -161.

1018 Strandberg 2012, s. 520.

1019 Strandberg 2012, s. 520 – 521.

1020 Strandberg 2012, s. 519. Kursivointi Strandbergin. Hän ei tässä käytä lainkaan teema-käsitettä, mutta esitystä on vaikea ymmärtää, ellei tarkoitus ole kertoa juuri probandumin todennäköisyyden vaihteluista.

1021 Strandberg 2012, s. 521.

silloin on. Luonnollisesti voi ajatella, että todiste on niin irrelevantti, että se ei vaikuta teeman todennäköisyyteen yhtään mitään. Mutta tällainen todiste olisi pitänyt karsia pois jo aikaisemmin. Lisäksi voi kysyä, vaikuttaako sellainen todiste ”oikeasti” myös painoon: tällöinhän leegio todistajia, jotka eivät tiedä asiasta mitään mutta ovat tulleet todistamaan vain (valtion) palkkion toivossa, lisäisi painoa määränsä suhteessa?¹⁰²²

Loppujen lopuksi Keynesin paino-käsitteessä näyttää olevan kysymys enemmän tai vähemmän samasta ilmiöstä, joka tunnetaan pohjoismaissa näytön robustiutena. Jokainen esitetty todiste lisää näytön robustiuden vahvuutta, ja jos todiste on relevantti teemalle, se myös lisää tai vähentää teeman todennäköisyyttä. Robustiuden kannalta on periaatteessa myös yhdentekevää, kumpaan suuntaan todiste viittaa. Myös robustiuden vahvuus voi ainoastaan kasvaa. Robustiuden ideana on juuri saada teema tulemaan ”bedre belyst”.

Kenen tehtävänä tai intressissä on sitten huolehtia siitä, että näyttö on mahdollisimman painavaa? Niin paino kuin robustius voi vaikuttaa teeman todennäköisyyden suhteen molempiin suuntiin, lisäävästi tai vähentävästi. Sen vuoksi voinee sanoa yleisesti niin, että tämä painosta huolehtimisen ”taakka” jakaantuu samalla tavalla kuin robustiudenkin taakka – jos sellainen olisi. Se ei kuuluisi yksin todistustaakan kantajalle, vaan myös vastapuolelle tämän omien väitteiden osalta. Dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimella ei juuri ole kummankaan osalta sanansijaa, tai se on ainakin legaalisesti rajoitettua. Indispositiivisissa riitajutuissa tuomioistuimella voi olla jo lainsäädännöksenkin nojalla täsmennettynä aktiivinen rooli. Rikosjutut muodostavat oman lajinsa: taakka kuuluu syyttäjälle, niin raskauttavista todisteista kuin objektiivisuusperiaatteen mukaisesti myös syytettä vastaan puhuvista todisteista, mutta myös tuomioistuimella voi olla aktiivinen rooli, kuitenkin vain syytetyn eduksi.

Painon erottelu omaksi käsitteekseen on ainakin tuomioistuintodistelua silmällä pitäen melko teoreettisella tasolla. Oikeuskirjallisuuden esimerkit ovat vaatimattomia. Onko painolla todellisuudessa käyttöä myös oikeuskäytännössä? Aika tulee antamaan vastauksen.

¹⁰²² Vielä 1970-luvulla saattoi tällaista ilmetä kihlakunnanoikeudessa. Oikeusapulaissa on edelleenkin varauduttu tällaisiin tilanteisiin.

7. ALKUPERÄISTODENNÄKÖISYYS, SYYTTÖMYYS-OLETTAMA, PRESUMPTIOT, TUNNUSTUS

7.1 Alkuperäistodennäköisyys sekä lähikäsitteet esiymmärrys, a priori, prima facie -näyttö ja presumptiot sekä tunnustus

7.1.1 Johdantoa

Olen edellä käsitellyt odotushorisonttia kokonaisuutena sekä tuomarin että asianosaisten näkökulmasta, lähinnä näiden subjektiivisena kokemuksena ja totuusteoreettisena kysymyksenä. Odotushorisontin voi jakaa pienempiin komponentteihin, siirtyä tavallaan episteemiselle ”tasolle”. Seuraavassa tarkastelen laajemmin odotushorisontin erästä piirrettä, alkuperäistodennäköisyyttä ja sen käyttämistä todistusharkinnassa sekä käyttämisen sallittavuutta: saako näyttötuomari käyttää todistusharkinnassaan tällaista esi- tai ulkoprosessuaalista tietoaan, ja mikä merkitys rikosprosessin syyttömyysolettamalla tähän on. Käsittelen myös alkuperäistodennäköisyyden suhdetta eräisiin lähikäsitteisiin kuten esiymmärrykseen, prima facie -todennäköisyyteen ja a priori – todennäköisyyteen. Jakson lopuksi käsittelen olettamia eli presumptioita, joilla myös on todistusharkinnassa ainakin käytännön tasolla eräänlainen liittymä alkuperäistodennäköisyyteen, sekä tunnustusta.

7.1.2 Esiymmärryksestä tai -tiedosta

Aulis Aarnion mukaan esiymmärtäminen ”määrää tapaa, jolla kohteen yksityiskohtia jäsennetään, tämä tapa heijastuu siihen käsitykseen, joka tulkitsijalla on yksityiskohtien muodostamasta kokonaisuudesta, kokonaisuus vaikuttaa yksityiskohtien tulkintaan ja niin edelleen. Olennaista on hermeneutiikan mukaan se, että tulkitsija ei voi murtautua ulos tästä kehästä, vaan ymmärtäminen on nimenomaan tulosta kehässä liikkumisesta.”¹⁰²³ Esitiedolla **Hannu Tapani Klami** on tarkoittanut tietoa, jonka ”perusteella ratkaisija erottelee faktamateriaalista relevantit tai mahdollisesti relevantit seikat irrelevanteista. Esitiedon ja faktamateriaalin nojalla hän tietää *suunnilleen*, mitä normeja hän saattaa joutua soveltamaan; tutustuttaaan ehkä hiukan tarkemmin normeihin hän jo tietää

¹⁰²³ Aarnio 1977, s. 334 – 335.

yksityiskohtaisemmin, mitä erilaisista kannanotoista fakta- ja normipremissejä koskevista kysymyksistä ratkaisuun nähden seuraisi.¹⁰²⁴ Klami korostaa, että ”kuvan” eri osat tarkentuvat jatkuvan *vuorovaikutuksen* vallitessa, ”vaikka tarkastelija saattaa pysähtyä hetkeksi miettimään esim. näyttöongelman suhteen kokemaansa epävarmuutta, normiformulaation tulkintaa tms.”¹⁰²⁵

Laukkanen mukaan esiyymmärryksellä tarkoitetaan tuomarille koulutuksen, yhteiskunnallisen kokemuksen ja ammatissa työskentelyn myötä kertyvää kokemusta, joka ohjaa myös oikeusohjeiden valikoimista ja käyttöä.¹⁰²⁶ Hän mainitsee esiyymmärrykseen kuuluvina tuomarin tietoisuuden päätöksentekoon vaikuttavien intressiryhmien, kuten asianosaisten¹⁰²⁷ ja hovioikeuden odotuksista ja myös tiedeyhteisön odotuksista. ”Ratkaisijan toimintaa ohjaa hänellä oleva tietoisuus aiemmista samanlaisia asioita koskevista ratkaisuista, tieto hovioikeuden käytännöstä, tieto oikeustieteellisestä kulttuurista, tieto suomalaisille tuomioistuimille tyypillisestä tavasta tehdä ratkaisuja riita-asioissa ja tieto muista samanlaisiin asioihin aiemmin liittyneistä odotuksista”, Laukkanen lausuu.¹⁰²⁸ Hän toteaa, että normit eivät anna vastausta ratkaisijan kysymykseen siitä, mikä on oikea ratkaisu, mikäli hänellä ei ole esiyymmärrystä ratkaisumahdollisuuksista ja ratkaisun tekemiseen kohdistuvista odotuksista.¹⁰²⁹

Virolainen määrittelee esiyymmärryksen (Vorverständnis) siten, että se tarkoittaa tuomaria ohjaavaa esitietoa, joka perustuu hänen koulutukseensa ja kokemukseensa ja joka ohjaa häntä hänen tehdessään tosiseikkojen ja normien välistä relevanttiusarviointia. ”Sen perusteella hän tietää, miten lakia on aikaisemmin vastaavanlaisissa tapauksissa tulkittu, ja pystyy hahmottamaan alustavasti ratkaisun lopputuloksen uudessa tapauksessa. Tuomarin työstä saadut kokemukset osoittavat, että käytännössä ratkaisun lopputulos ei yleensä synny ilman tai ennen perusteluja, vaan niiden välillä valitsee vuorovaikutussuhde. Esiyymmärryksen perusteella syntynyttä alustavaa lopputulosta testataan

1024 Klami 1979 A, s. 152 – 153. Korostukset Klamin. – Ks. myös Liljenfeldt 2001, s. 809 – 810. Hän toteaa, että tuomari, joka on hoitanut valmistelua käräjäoikeudessa, ei voi välttää muodostamasta jo jonkinlaista käsitystä tosiasioista ja näytöstä asiassa. Ylioikeudessa tilanne on vielä selvempi, kun myös alioikeuden tuomio on käytössä. Tämä ei aiheuta jättäviä.

1025 Klami 1979 A, s. 152. Hän viittaa ”kuvalla”, paitsi kuvaan symbolisesti, myös edellä tekstissä olevaan *ratkaisuprosessin justifikaation kaavioonsa*, jossa lähtökohdat ovat epävarmuus ja justifikaatio. Edelliseen sisältyy esitieto: kokemustieto, normitietoa, arvostuksia jne., alustava faktapremissien hahmotus ja alustava normipremissien hahmotus (joissa saavutettu varmuus johtaa ratkaisuun). Justifikaatio taas kohdistuu faktapremisseihin ja normipremisseihin ja ratkaisuun, kuten premissitkin. Molempien kokonaisuuksien sisällä on vuorovaikutusta niiden komponenttien välillä. Klami haluaa painottaa, että justifikaation ja heuristisen tarkastelun välillä vallitsee yhteys. Korostukset Klamin.

1026 Laukkanen 1995, s. 175.

1027 Laukkanen 1995, s. 175 huomauttaa, että intressitahoja ei saa tässä ymmärtää konkreettisesti esillä olevan asian asianosaisina, vaan yleisemmällä tasolla, ja viittaa Josef Esserin käyttämään termiin ”odotushorisontti” (s. 137).

1028 Laukkanen 1995, s. 177.

1029 Laukkanen 1995, s. 176.

perusteluilla, joita kirjoittaessaan tuomari voi joutua muuttamaan alustavaa lopputulosta tai hylkäämään sen.”¹⁰³⁰

Minna Ruuskanen on diskurssianalyttisessä väitöskirjassaan käsitellyt oikeudellista esiymmärrystä (Vorverständnis). Hän lausuu, että tuomioistuimen ratkaisutoiminnan yhteydessä puhutaan usein hermeneuttisesta kehästä; kehä ei ole suljettu eikä tulkittamisprosessi ala tyhjiöstä vaan tradition tarjoamista tulkinnallisista malleista. Tuo lähtökohtainen mielikuva on Vorverständnis. Ruuskasen mukaan esiymmärrys ei ole yksilöllistä tai subjektiivista vaan pikemmin yhteiskuntamme ja kulttuurin tuote. ”Takanamme on aina jokin (esimerkiksi rikosoikeudellinen) traditio, joka on olemassa meistä riippumatta, emmekä voi siihen itse vaikuttaa.” ”Lainoppi tuottaa esiymmärrystä, koska siinä tulkitaan normeja tyyppillisten tapausten valossa.” Esiymmärrys kumpuaa myös oikeuskulttuurillemme ominaisista arvoista käsin.¹⁰³¹

Ymmärtääkseni Ruuskasen näkemys, että esiymmärrys ei olisi yksilöllistä, on ehkä kapea. Mielikuva jäänee kuitenkin yksilölliseksi, ja jutun ratkaisun kannalta merkitystä on vain ratkaisijan – yksinäistuomarin tai kollegion jäsen – mielikuvilla. Totta on, että esiymmärrys on lähtökohtaisesti kulttuurin ja toimintaympäristön tuotetta. Tuomarin esiymmärrystä uusintavaa vaikutusta ei pidä sivuuttaa; uusiintuminen on suoranaisesti hänen velvollisuutenaan. Ratkaisu kohdistuu todelliseen tapaukseen, eikä ole vain fiktiivinen tulkintasuositus. Tämä ero vaikuttaa myös ratkaisun painoarvoon ja siihen, onko sillä mahdollisuus tulla osaksi juridista taustatraditiota. Samoin kuin tutkija on osa tutkittavaa ja vaikuttaa siihen, tuomari on yhtä lailla osa yhteiskuntaa, osa juridista taustatraditiota, joka koostuu ja uusiintuu jatkuvasti tehtävistä uusistakin tulkinnoista.

Määritelmän mukaan tuomarin esiymmärrys on mukana vaikuttamassa lähinnä perusteluja kirjoitettaessa. Virolaisen kokemuksen voinee jokainen tuomari vahvistaa hiljaisena tietona; jos perustelujen laatiminen alkaa tuntua väkinäiseltä, on aihetta miettiä, onko kurssi oikea. Tilanne on tyyppitapaus systeemiteorian mukaista sisäistä takaisinkytkentää.

Esiymmärrystä ei kuitenkaan tarvitse rajoittaa mainittuihin puitteisiin eikä edes tuomariin. Jokaisella asianosaisella, päämiehellä ja asianajajalla on ”koulutukseensa ja kokemukseensa perustuvaa” esiymmärrystä siihen, mitä esimerkiksi todistajaksi mietittävä henkilö tulisi kertomaan; esiymmärrys alkaa jo

1030 Virolainen 1995, s. 48.

1031 Ruuskanen 2005, s. 58 – 59. Ruuskasen mukaan tulkinta on esiymmärryksen sävyttämää. Hermeneuttinen ajattelu tarkoittaa ”paremmin ymmärtämistä” tai esiymmärryksen korvautumista syventävällä tulkinnalla. Siten hermeneutiikka antaa ainekset tulkitsijan esiymmärrykselle: se auttaa ymmärtämään tulkinnan kehämäistä luonnetta, päättymättömyyttä. Sen avulla voidaan myös pyrkiä avaamaan normatiivisia yhteiskuntatieteitä deskriptiivisten yhteiskuntatieteiden suhteen. Ajatus ”paremmin ymmärtämisestä” voi saada meidät tiedostamaan ratkaisun tekemisessä vaikuttavia kulttuurisia taustoja. Ratkaisujen ymmärtämisessä on yritettävä pureutua niihin vaikuttaneisiin kulttuurisiin taustoihin.

siitä, kun henkilö näkee asemaansa heikentävän testamentin ja vie asianajajan arvioitavaksi, kannattaako sitä moittia.¹⁰³² Esiymmärrys on yhtenä keskeisenä tekijänä siinä eri toimijoiden vuorovaikutuksessa, jossa prosessia suunnitellaan, valmistellaan ja käynnistetään sekä käydään, aina tuomion kirjoittamiseen saakka, ja edelleen muutoksenhaussakin. Toimintaa voidaan käsittääkseni ajatuk-sellisesti ja heuristisesti kuvata systeemien vuorovaikutuksena ja sanallisesti hyvin muun ohella Klamin vuorovaikutusmallilla.

7.1.3 Alkuperäistodennäköisyydestä

7.1.3.1 Hahmottelua ja rajanvetoja

Alkuperäistodennäköisyydellä ymmärretään useimmiten seikan, yleensä todis-tusteeman, kuten näytön kohteeksi nimetyn seikan, kokemussäännön tai muun väitteen, paikkansapitävyyden lähtökohtaista todennäköisyyttä, sitä todennä-köisyyttä, joka teemalla voidaan sanoa olevan ennen kuin sen tueksi on *esitetty todistelussa mitään* näyttöä.¹⁰³³ Alkuperäistodennäköisyys on eri asia kuin var-sinainen todistelu tuomioistuimessa; toisin kuin todistelu, alkuperäistodennä-köisyys on strukturoimattomalla tavalla sidoksissa yleistyksiin, esimerkiksi ylei-sen elämäkokemuksen tai tilastotiedon perusteella.¹⁰³⁴ Oikeuskirjallisuudessa alkuperäistodennäköisyyttä käsitellään usein rikosprosessin kannalta, mutta käsite ei ole rajattavissa yksin siihen. Käsitys tosiseikan ja laajemmin kanteen tai syytteen tosiseikaston alkuperäistodennäköisyydestä pohjautuu prosessin tasolla oikeudenkäyntiin osallistuvien mielikuviin siitä, miten todennäköisiä yleisesti ottaen¹⁰³⁵ ovat kanteessa, syytteessä tai vastauksessa esitetyt seikat.

1032 Esiymmärrys ei rajoitu tuomioistuimen toimintaan. Vahinkotarkastaja tai kiinteistön kosteustarkastusta tekevä nojautuu omaan esiymmärrykseensä ja peilaa havaintojaan sitä vasten.

1033 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 136 – 137: ”*Domaren bestämmer ursprungssannolikheten med ledning av en erfarenhetssats.*” Kursivointi Heumanin. – Dahlman 2018, s. 83 määrittelee rikosjutussa alkuperäistodennäköisyyden todennäköisyydeksi sille, että syytetyn asemassa oleva henkilö olisi toiminut sillä tavalla kuin teonkuvauksessa väitetään. Se seuraa hänen mukaansa syyttömyysolettamasta ja toimii todistusharkinnan lähtöpisteenä. Siitä lähtöpisteestä alkaen syyllisyyden todennäköisyys kasvaa, kun syyttäjä esittää erilaisia todisteita..

Tekstissä esitetty vastaa yleistä määritelmää. Itse en pitäisi mahdottomana tulkita *tässä kohden* ”todiste-lua” laajasti siten, että se käsittää kaiken jutussa esille tulevan aineiston, siis myös esimerkiksi asianosaisten asiaesityksessä esittämät vakuuttelut ja niiden perusteet. Näiden vuoksi näyttötuomari saattaa esimerkiksi luopua jostakin ennakkokäsityksestään, joka ei siis enää ole alkuperäistodennäköisyyttä todistelun alkaes-sa. Tämän väljennyksen kannalta ehkä parempi ajankohta alkuperäistodennäköisyyden ajoittamiselle olisi ”oven avautuminen”.

1034 Klami 2000, s. 82 – 83 näyttää suorastaan samaistavan alkuperäistodennäköisyyden ja yleisen elämäkoke-muksen. Hän määrittelee todistustaakkannormin kannalta avainkysymykseksi alkuperäistodennäköisyyden ja siitä poikkeavan faktapremissin suhteen, tai alkuperäistodennäköisyyden ja siitä poikkeavalle faktapremis-sille asetetun näyttökynnyksen suhteen. Ks. myös Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 10 ja 158 – 166.

1035 Jos työtapaturmajutussa tiedetään, että työkonella työntekijät yleensä menettelevät tietyllä vaarallisella (mutta ehkä aikaa säästävällä) tavalla, kysymys ei ole alkuperäistodennäköisyydestä, vaan tuohon juttuun liittyvästä, todisteluun perustuvasta faktasta. Samoin alkuperäistodennäköisyyttä siitä, että tiedetään yleinen heijastimen käyttöprosentti, ei voida hyödyntää auton alle jääneen henkilön heijastimen käyttöä arvioitaes-sa, vaan se on todistelukysymys.

Kun oikeudenkäyntitilanne ei synny tyhjästä, ainakin yleensä on olemassa myös tuomarilla jonkin verran informaatiota, johon alkuperäistodennäköisyys saattaa perustua.¹⁰³⁶

Semanttisesti lähellä alkuperäistodennäköisyyttä saattaa olla termi lähtökohtainen todennäköisyys. Sitä ja sen johdannaisia KKO on käyttänyt ennakkopäätösparissa KKO 2018:3 ja KKO 2019:2. Molemmissa on ollut kysymys siitä, mikä rooli huumausaineen maahantuontia koskevassa syytteessä on huumausainerikoksesta syytetyn syyllisyyden kannalta sillä, että huumausaine on tullut kirjeissä hänen nimellään ja postiosoitteellaan.¹⁰³⁷ Molemmissa ratkaisuissa tätä tosiseikkaa on nimitetty lähtökohtaiseksi todennäköisyydeksi. Tälle ilmaisulle annettu merkitys eroaa kuitenkin alkuperäistodennäköisyydestä, koska se tosiseikka, että kirjeet olivat tulleet syytetyn nimellä ja osoitteella, on jo näyttöä; se on eräs todistustosiseikoista, joilla pyritään näyttämään toteen väitetty oikeustosiseikka: maahantuojan henkilöllisyys eli se, että juuri syytetty on tuonut huumausaineen maahan tilattuaan sen ulkomailta. Sillä, että lähetykseen merkitty vastaanottajan nimi ja osoite oli ollut molemmissa jutuissa ilmeisen riidaton, ei ole merkitystä; se olisi voinut olla myös riitainen. Myös KKO on liittänyt tosiseikkaan todisteelle tyypillisesti näyttöarvon, jota se on lisäksi pitänyt huomattavana. – Hyvin perustelluissa ratkaisuissa käsitellään myös henkilön rikosrekisterin merkitystä, ei kuitenkaan alkuperäistodennäköisyytenä (eikä edes lähtökohtaisena todennäköisyytenä), vaan näyttönä syyllisyydestä.

Alkuperäistodennäköisyyden ja kokemussäännön ero voi olla vähäinen. Erottelua voisi kuvata siten, että kokemussäännöllä voi olla alkuperäistodennäköisyys, mutta alkuperäistodennäköisyys voidaan esittää kokemussäännön muodossa silloin, kun se kuvaa syy-yhteyttä. Ne näkökohdat, joilla Twining arvioi yleistyksien (kokemussääntöjen) olevan vaarallisia, pätevät myös alkuperäistodennäköisyyden ja sen perusteiden arvioimisessa.¹⁰³⁸

Mitä merkitystä sitten on sillä, että kysymys on ollut näytöstä eikä alkuperäistodennäköisyydestä? Eikö tämä ole hyttysten kuurnitsemista? Arkisen kielenkäytön mukaan näin ehkä onkin. Jos kuitenkin halutaan säilyttää alkuperäistodennäköisyyden käsite sille annetussa sisällössään, ero tulee tehdä. Jos mainituissa ennakkopäätöksissä nimi- ja osoitetietoja pidettäisiin

1036 Dahman 2018, s. 114, pitää virhekäsityksenä väitettä, että alkuperäistodennäköisyydellä tarkoitettaisiin väitettä, että informaatiota ei ole lainkaan olemassa; hänen mukaansa ”(v)arje sannolikhetsbedömning bygger på någon information. Utan information går det inte att göra en bedömning. Ursprungssannolikheten beror på bedömarens bakkunskaper om världen.” Oli tämän filosofissävyyteisen väitteen laita miten tahansa, siihen ei tekstissä mainitusta syystä tarvitse nyt ottaa kantaa. Toisaalta Dahlmanin ’bakkunskap om världen’ lähestyy jo esiyymmärrystä. Joka tapauksessa se edellyttää, että on ylipäättään tarve arvioida tällaista alkuperäistodennäköisyyttä, toisin sanoen että sitä tarvitaan johonkin.

1037 Ennakkopäätöksiä on analysoinut Tolvanen 2018, s. 26 – 28 (KKO 2018:3) ja 2019, s. 20 – 23 (KKO 2019:2).

1038 Ks. jäljempänä jaksoa kokemussäännöistä.

alkuperäistodennäköisyytenä, olisi ensinnäkin kysyttävä, mikä on oikea referenssiryhmä: onko se esimerkiksi ”tilaukset jotka on tehty /kirjeet, jotka on pyydetty lähettämään toisen nimellä, vai ehkä ”*huumausaineiden* tilaukset, jotka on tehty/kirjeet, jotka on pyydetty lähettämään toisen nimellä”. Toiseksi, mitä *varsinaista näyttöä* oikeastaan jäisi syytteen tueksi? Esiymmärrys ja alkuperäistodennäköisyys voidaan määritelmällisesti erottaa toisistaan esimerkiksi siten, että edellinen on laajempi yleisnäkemys asioiden ja ratkaisutradition tilasta ja jälkimmäinen esillä olevaan jutun yksittäisen seikan tai seikaston, tilanteesta riippuen ehkä koko jutunkin, todisteluun liittyvä ilmiö. Jälkimmäisen kohteena oleva seikka voi tulla esille, paitsi alussa, myös prosessin kuluessa. Alkuperäisyys liittyy oikeudenkäyntiin, sen valmistelussa tai ehkä vielä pääkäsittelyssä esille tuotuun seikkaan ja sen paikkansapitävyyden todennäköisyyteen, eikä liity välttämättä temporaalisesti prosessin alkuun – sen ei siis tarvitse tässä mielessä olla ”alkuperäinen”.¹⁰³⁹ Se voima, joka alkuperäistodennäköisyydellä oli, ei häviä, mutta se *voi* mennä päällekkäin todisteen todistusvoiman kanssa.¹⁰⁴⁰ Yleisempi ajattelutapa kuitenkin lienee, että se vaikuttaa harkinnassakin erikseen. Eri mieliä on siitä, voidaanko se todistusharkinnassa laskea yhteen esitetyn varsinaisen todistelun kanssa; joidenkin näkemysten mukaan voidaan.

Tosiseikan alkuperäistodennäköisyyden tiedostaminen voidaan kuitenkin nähdä myös osana tuomarin esiymmärrystä. Esiymmärryksen käsite liittyy lähinnä tosiseikkojen ja normien suhteeseen kohdistuvaan arviointiin. Se voidaan kuitenkin nähdä myös todistusharkintaan, jopa koko todisteluun, heijastuvana, eräänlaisena odotushorisonttina. Tuomarille muodostuu viimeistään kanteen tai syytteen sisällöstä, prosessiasetelmasta ja tosiseikkaa koskevasta todistusteemasta alustava käsitys siitä, ”mitä tuleman pitää”: mitä esimerkiksi todistaja todennäköisesti tulee kertomaan ja mitä ei, ja mitä kirjallisesta todisteesta, esimerkiksi verotarkastuskertomuksesta, henkilötodistelussa tullaan nostamaan esiin ja miksi.

Alkuperäistodennäköisyydestä on aihetta pitää erillään käsite *a priori* -todennäköisyys eli *ex ante* -todennäköisyys. *A priori* liittyy matemaattisiin todistusharkintateorioihin, Bayesin teoreemaan ja Cohenin näihin kohdistamaan kritiikkiin. Todistettavan seikan *T a priori* -todennäköisyys tarkoittaa sillä olevaa todennäköisyyttä ennen kuin tietty uusi todiste *E* on esitetty; sen jälkeen kun *E* on esitetty ja otettu todistusharkinnassa huomioon, puhutaan *T:n a posteriori* -todennäköisyydestä.

1039 Ks. Boldingin kauppias ja kreivitär -esimerkkiä NJA 1948 s. 554, mm. Bolding 1990, s. 107 – 109 ja jäljempänä tässä.

1040 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 350.

T:n alkuperäistodennäköisyys ja T:n a priori -todennäköisyys ovat sisällöltään yhtenevät vain tiettynä hetkenä: prosessin todisteluvaiheen alussa, ennen kuin yhtään todistetta on esitetty – ei siis edes E:tä. Kun ensimmäisen todisteen E esittäminen todisteena alkaa – asiakirjatodisteesta otetaan selko tai kuultava henkilö aloittaa kertomuksensa – alkaa samalla näyttötuomarin intuitiivinen todistusharkinta nopeana ajatteluna ja työstää a prioria.¹⁰⁴¹ Harkintaprosessissa muodostuu käsitys seikan a posteriori -todennäköisyydestä. Jos tämä seikka on taas todisteena ketjun seuraavasta probandumista T_2 , sen todennäköisyys on vastaavasti a priori -todennäköisyys tälle seuraavan portaan seikalle.¹⁰⁴²

Teeman alkuperäistodennäköisyys määräytyy useimmiten yleisen, vahvemman tai heikomman, kokemussäännön (”yleisen elämäkokemuksen”) pohjalta: ”yleensä ihmiset maksavat velkansa”. Sen määräytymiseen voi kuitenkin vaikuttaa myös tilastollinen todennäköisyys, jos tällaista tietoa teeman sisältävästä väitteestä on käytettävissä. Tilastollinen tieto voi olla hyvinkin eksaktia: ”80 prosentilla tämän kaupunginosan perheistä on Ford-merkinen auto”.¹⁰⁴³ Kokemussäännön tausta taas voi olla vahvempi tai heikompi ja perustua myös aivan kontrolloimattomaan ennakkoluuloon: ”X:n kaupunginosassa asuu lähinnä rikollisia” – ääriesimerkkinä ”Kaikki sukunimeltään Y-alkuiset ovat useimmiten rikollisia”. Niiden seikkojen kirjo, joita voidaan lukea tämän käsitteen piiriin, on laaja ja epäyhtenäinen. Mahdollisuus ilmaista todennäköisyyksiä ja niiden mukana myös alkuperäistodennäköisyyttä eksakteilla suureilla on eräs matemaattisille todistusharkintateorioille tyypillinen piirre.

Se, minkä seikkojen tai asiantilojen alkuperäistodennäköisyydestä jutussa ollaan kiinnostuneita, määräytyy jutun kysymyksenasettelun ja sen edellyttämien teemojen puitteissa. Sisältönsä alkuperäistodennäköisyys saa kuitenkin prosessin ulkopuolelta, siis ennen kuin näyttöä on oikeudenkäynnissä esitetty.

Prima facie -näyttö eli *Anscheinsbeweis*¹⁰⁴⁴ tarkoittaa nimensä mukaisesti näyttövelvollisen esittämää ensi vaiheen näyttöä eli ”päänäyttöä” – miltä

1041 Vrt. Dahlman 2018, s. 83: ”När bevis 1 skall bedömas är sannolikheten ex ante lika med ursprungssannolikheten”. – Näyttötuomari ei ole ainoa, joka todennäköisyyksiä mielessään puntaroi jo todistajan puhuessa. Niin tekevät myös asianajajat ja niin tekee syyttäjä rikosjutussa. Oikeastaan nämä ovat pohtineet E:n mahdollista vaikutusta jo paljon aikaisemmin, syyttäjä syyteharkinnassaan, asianajajat esimerkiksi riitajutun kanteen menestymistä tai kaatumista arvioidessaan.

1042 Vrt. Jonkka 1991, s. 35 – 36 alaviite 47 in fine, jossa hän toteaa priorin ja alkuperäistodennäköisyyden kahdeksi muodoksi todennäköisyyden ennen *minkään* todistusaineiston esittämistä ”eli siis mitään tietoa kokemusmaailmasta” sekä todennäköisyydeksi ennen *tietyn* todisteen esittämistä. Suurta eroa esittämäni ei tässä liene, mutta rajoittaisin kyllä a priori -termin tilanteisiin, joissa on kysymys matemaattisesta teoriasta. Toisin sanoen voidaan hyvin puhua niin koko jutun kuin yksittäisen seikankin alkuperäistodennäköisyydestä, mutta juttukohtaisesti en a priori -termiä käyttäisi.

1043 Tieto ilmiön esiintymisen frekvenssistä perustuu yleensä tilastotietoihin, ja se voidaan määritellä ilmiön tai ominaisuuden suhteelliseksi taajuudeksi määrättyssä populaatiossa, esimerkiksi poika- ja tyttöauvojen määrin suhteeksi tietyllä alueella. Miesten perusfrekvenssi nosturinkuljettajien ammatissa tietyssä maassa on suurempi kuin 0.50.

1044 Ainakin Strandberg 2012, s. 125 näyttää asettavan yhtäläisyysmerkit. Hän itse selostaa s.125 – 126 saksalaista versiota, mutta se ei näytä kovin paljon eroavan common law -määritelmästä, kunhan järjestelmien

todistelutilanne näyttää sen jälkeen ”ensi katsannolta” tai oikeammin, koko päänäytön esittämisen jälkeen.¹⁰⁴⁵ Olennainen ero alkuperäistodennäköisyyteen nähden on siinä, että prima facie -näytön tilanteessa näyttö(ä) on jo esitetty. Factfinder arvioi tilannetta yleisen kokemussäännön perusteella. Jos muuhun ei ole aihetta, hän pitää näyttöä riittävänä kyseisen tosiseikan kohdalta.¹⁰⁴⁶ Taval- lisimmin prima facie -näytöstä puhuttaneen tietyt standardisoidut kvalifikaatiot täyttävän todisteen yhteydessä, kuten velkomisjutussa saamistodisteisiin tai omistusoikeusriidassa esimerkiksi viranomaisen rekisteriotteeseen perustu- vassa näytössä. Kokemussääntönä on, että tällainen dokumentti ”yleensä” pitää paikkansa. Prima facie -näyttö voi onnistuessaan yksinkertaistaa todistelua ja todistusharkintaa ja nopeuttaa ja keventää prosessia.¹⁰⁴⁷

7.1.3.2 Alkuperäistodennäköisyyden kolme roolia: todistustaakassa, näyttökynnyksessä ja todistusharkinnassa

Käsittelen alkuperäistodennäköisyyttä jäljempänä todistusharkinnan kannalta. Silti ei voi sivuuttaa sen muita rooleja. Asetan seuraavassa jonkinlaiseksi alahy- poteesiksi, että alkuperäistodennäköisyys voidaan nähdä yhteisenä taustavai- kuttajana (lähtökohtaisen) todistustaakan jaossa, näyttökynnyksen määräyty- misessä ja todistusharkinnassa. Sillä on liityntöjä kaikkiin, ja voi olla kiistan kohde, mihin se on järkevää lukea – vai voidaanko sitä miettiä kaikkien kannalta lopputuloksen kärsimättä.¹⁰⁴⁸ Vaikka alkuperäistodennäköisyyden merkitystä on pidetty eräänä teema- ja todistusarvometodin keskeisistä eroista, Lindell on katsonut, että sillä on molemmille suunnilleen yhtä suuri vaikutus: ero on vain siinä, että teemamethodissa se vaikuttaa teeman todennäköisyyteen, todistusar- vomethodissa todistustosiseikan näyttöarvoon teemalle.¹⁰⁴⁹ Teemamethodissa se vaikuttaisi tavallaan näyttökynnykseen (todistelussa vaadittava näyttö on vähäisempää, koska alkuperäistodennäköisyys on jo ”laarin pohjalla”),

peruserot otetaan huomioon, eikä ainakaan siltä osalta, joka koskee erotteluani alkuperäistodennäköisyy- den käsitteeseen.

1045 Gifis 2010, s. 414, määrittelee prima facie -jutun seuraavasti: a case sufficient on its face, being supported by at least the requisite minimum of evidence, and being free from palpable defects. State of facts that entitles a party to have the case go to the jury. One that will usually prevail in the absence of contradictory evidence; 'one in which the evidence is sufficient to support but not to compel a certain conclusion and does no more than furnish evidence to be considered and weighed but not necessarily to be accepted by the trier of facts.'"

1046 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 289: "Så länge det inte finns anledning att ifrågasätta be- visets värde kan det, utan närmare värdering, läggas till grund som rättsfaktum. Så länge det som grundas på beviset inte bestrids räcker det för att anse ett visst rättsförhållande etablerat och kan i domstol leda till beviljande av den yrkade rättsföljden. Ett bra exempel är lagfartsbevis som bevis för ägande till fastighet." – Tähän voi huomauttaa, että kysymyksen ei tarvitse olla relaatiosta todistustosiseikka -> oikeustositseikka. Tämä kai näkyy jo lainhuudatustodistus-esimerkistäkin: jos riitaisena on todella omistusoikeus, ei tuolla to- distuksella päästä pitkälle, vaan juuri lainhuudatuksen oikeellisuus on "puntarilla", siitä riita vasta alkaa. Eri asia on, jos omistusoikeus on vain eräänä taustalla olevana (ja riidattomana) todistustosiseikkana.

1047 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 289 – 290.

1048 Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 142 – 143 (Heuman), 170 ja 189 (Edelstam).

1049 Lindell 1987, s. 168.

todistusarvometodissa pikemminkin todistusharkintaan (todistustosisaikan näyttöarvon määrittämiseen).

Monet todistustaakkasäännöt ja presumptiot¹⁰⁵⁰ perustuvat yleisen elämänkokemuksen vahvistamiin todennäköisyyksiin. Tällaista ”yleistä” ja usein notorista alkuperäistodennäköisyyttä voidaan nimittää abstraktiseksi alkuperäistodennäköisyydeksi. Sääntö ei voi olla ”tekotarpeitaan” solidimpi eikä siis välttämättä enempää kuin peukalosääntö.¹⁰⁵¹ Teeman alkuperäistodennäköisyys voi vaikuttaa myös niin, että sen sallitaan vaikuttaa näyttökynnyksen korkeuteen. Jos kysymys on näyttökynnyksen yleisestä laskemisesta tietyn teeman tai juttutyypin kohdalla, perusteet voivat olla samanlaisia kuin ”koko” todistustaakkain määrittämisen kohdalla.¹⁰⁵²

Toisaalta alkuperäistodennäköisyydestä puhutaan myös selvästikin todistusharkinnan piiriin luettavan, yksittäistä esillä olevaa seikkaa tai myös koko kannetta tai syytettä koskevan ”lähtökohtaisen” todennäköisyyden yhteydessä. Tätä voidaan nimittää alkuperäistodennäköisyydeksi prosessin tasolla tai konkreettiseksi alkuperäistodennäköisyydeksi. Kyse on siis yksittäisestä prosessista.

Alkuperäistodennäköisyyden vaikutusta toisaalta todistustaakkaan (ja sen osana näyttökynnykseen) ja toisaalta todistusharkintaan saattaa olla vaikea erottaa toisistaan.¹⁰⁵³ **Heuman** katsoo, että asianosainen ei saa saada argumentin tuottamaa hyötyä kahdesti, eli jos tämä saa teeman alkuperäistodennäköisyyden hyväkseen jo todistustaakan jaossa, hän ei voi hyötyä siitä vielä todistusharkinnassakin.¹⁰⁵⁴ **Lappalaisen** kanta kaksoisvaikutukseen on pragmaattisempi. Hän toteaa todistustaakan jaon ja todistusharkinnan olevan eri asioita, mutta

1050 Heuman teoksessa Ekelöf- Edelstam – Heuman 2009, s. 89.

1051 Esimerkiksi ”kenenkään ei oleteta lahjoittavan omaisuuttaan” tai ”yleensä velallinen pyytää kuitenkin kun maksaa”.

1052 Vrt. Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 137: ”Näyttökynnyks on asetettava suhteeseen käsillä olevan suuremman tai pienemmän alkuperäistodennäköisyyden kanssa. Sitä ei sen vuoksi saa asettaa huomattavasti korkeammalle tai matalammalle kuin alkuperäistodennäköisyys on, elleivät muut seikat, kuten todisteiden varmistamiseen liittyvät syyt, puolla sitä.” (kursivointi Heumanin). – Heuman 2005, s. 438 pitää ”järkevänä” (rimlig), että alkuperäistodennäköisyydelle annetaan merkitystä ainoastaan todistusharkinnassa, jos sillä ”vid sidan av annan bevisning” on vähäinen merkitys. ”Det kan till och med tänkas att rätten vill bortse från ursprungssannolikheten vid sin bevisvärdering, t.ex. av det skälet att den grundas på en erfarenhetssats som är alltför löst grundad.”

1053 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 145 alaviite 235; Lappalainen 2001, s. 327.

1054 Heuman 2005, s. 439 ja Heuman teoksessa Ekelöf- Edelstam – Heuman 2009, s. 145. - Vastapainoksi tiukalle kannalleen Heuman esittää s. 142 – 146 useita tulkintasuosituksia siitä, mihin mainituista kohteista minkinlainen alkuperäistodennäköisyys olisi syytä kohdistaa. Tästä jää kysymään, kenelle nämä suositukset on tarkoitettu. Onko esimerkiksi näyttötuomarilla ymmärretty olevan vapaa valita näistä sopiva kohde. Jäljempänä perustelen, miksi ei ole mielestäni ”selvää”, että alkuperäistodennäköisyyden voisi sellaisenaan ottaa todistusharkinnassa pohjaksi, ainakaan rikosasioissa. – Heuman 2005, s. 439: För att domstolen och parterna skall kunna avgöra om ursprungssannolikheten bör tillmätas betydelse vid bevisvärderingen, måste domstolen klargöra i domskälen, om den tillämpade bevisbörderegeln grundas på ursprungssannolikhet eller om den endast motiverats av andra rättspolitiska skäl som ger domstolen möjlighet att beakta ursprungssannolikheten vid sin bevisvärdering.” – Tämä voi olla melkoinen tehtävä. Kun perustelutkin ilmenevät vasta valmiista tuomiosta, asianosaisten aktiviteetti kohdistunee Heumanin dekreettiä noudatettaessa vasta muutoksenhakuun.

katsoo, että jälkimmäisen konkreettinen todennäköisyysaste ”tuskin voi olla täysin irrallaan siitä, kuinka vahva tai heikko abstraktia todennäköisyyttä kuvaava kokemussääntö on.” Toisin sanoen samat näkökohdat vaikuttavat sekä todistusharkintaan että todistustaakkasääntöön. Lappalainen katsoo, että vaikka voidaan esittää huomautus saman tekijän huomioon ottamisesta ”virheellisesti kahteen kertaan”, ”todistusoikeus tuskin voinee olla sellaista loogista matemaatiikkaa, että tällainen ilmiö olisi ehdottomasti torjuttava”.¹⁰⁵⁵

Bolding näyttäisi olevan ”kaksoisvaikutuksen” sallittavuudesta eri mieltä. Hän on käsitellyt alkuperäistodennäköisyyttä jo vuonna 1960 turkin ostamista ja maksamista koskevan tunnetun ratkaisun NJA 1948 s. 554, tarkemmin alioikeuden¹⁰⁵⁶ ratkaisun, yhteydessä ja palaa ratkaisuun vuonna 1989.¹⁰⁵⁷ Kysymys oli siitä, pitääkö alkuperäistodennäköisyys laskea mukaan vai ei, ja jos pitää, niin kuuluuko se todistusharkintaan vai todistustaakkaan/näyttökynnykseen siinä. Myyjän vaatiessa maksua turkisasusteen kaupan johdosta kreivitär väitti saaneensa kymmenen vuotta maksuaikaa. KO katsoi, että tällainen väitetty maksuehto oli siinä määrin ostajaa suosiva, että tällä täytyi olla siitä todistustaakka. Boldingin mukaan se toiseikka, että luottoa myönnetään hyvin harvoin niin pitkäksi ajaksi kuin kymmeneksi vuodeksi, on otettava huomioon todistusharkinnassa, eikä sitä voida pitää merkityksellisenä myös todistustaakan suhteen. Bolding katsoo näyttävän siltä, että KO salli eräänlaisen ”*prima facie* -näkemys” tulla arvioiduksi perusteena todistustaakkapistein (eli näyttökynnyksen) sijoittamiselle, ja pitää tätä virheenä.¹⁰⁵⁸

1055 Lappalainen 2001, s. 327. Hän on kyllä ollut tietoinen kriittisestä ruotsalaiskannasta, kun viittaa Rättegång IV -teoksen tuonaikaiseen 6. painokseen Ekelöf – Boman 1992, s. 103.

1056 HR hyväksyi myyjän S kanteen ja lausui pääasiallisesti perusteena, että ostajan BR väittämät maksuehdot olivat niin epätavallisen edulliset, että täytyi katsoa tämän velvollisuutena olevan todistaa ne oikeiksi. HO:n enemmistö antoi alkuperäistodennäköisyyden vaikuttaa todistusharkintaan, mutta teki toisen nyansoinnin: ostajan tietojen ei voitu katsoa olevan ”till den grad osannolika att desamma icke förtjäna avseende”. HD:ssä lausuttiin näistä tiedoista seuraavasti: Kolme revisiosienteeriä ja yksi oikeusneuvos: ”utan avseende”; revisiosienteerit: ”så osannolika att de icke mot S:n bestridande förtjäna avseende” ja oikeusneuvos: ”i sådan grad osannolikt att den lämnade krediten haft den av BR påstådda vidsträckt innebörden, att hennes obestyrkta påstående därom icke kan tillmätas vitsord”.

1057 Bolding 1990, s. 107. Turkiskauppaesimerkin lisäksi Bolding mainitsi alioikeusratkaisun, jossa ratkaisu syytetyn syyllisyydestä perustui arvioituun alkuperäistodennäköisyyteen, itsestään selvänä pidettyyn kokemuslauseeseen. Lause vaikutti todistusharkintaan, mutta ei lainkaan näyttökynnykseen, johon ei ylipäätään kohdistettu huomiota. Syytetyn selitykset ”kunde lämnas utan avseende”.

1058 Bolding 1960, s. 24. Hän jopa arvelee KO:n sekoittaneen todistustaakkakysymyksen kysymykseen siirtyvästä (”väärästä”) todistustaakasta (Boldingin sanoin ”burden of going forward with the evidence”; the actual necessity, at a given time, to present new evidence if the case is not to be lost”). – Nähdäkseni tässä Bolding lienee kuitenkin tehnyt liian nopean johtopäätöksen. Kysymys on saatavan erääntymisestä, joka on eräs velkomuksen tunnusmerkki. – Bolding 1990, s. 99, palasi ratkaisuun ja katsoi, että HR murtaa irti osan näyttökysymyksen arviointia varten esillä olevasta tietoaaineistosta – alkuperäistodennäköisyyden, epätavallisuuden – ja antaa tämän osan muodostaa perustan kannanotolle näyttökynnyksestä sen sijaan, että se sallisi integroida aineiston yleisesti todistusmateriaaliin ja johtaa kannanottoon näytön arviointikysymyksessä.

Lindell 1987 taas katsoo, että alkuperäistodennäköisyys voi saada merkitystä todistusharkinnassa tai todistustaakan sijoittamisessa – tai molemmissa.¹⁰⁵⁹ Summa summarum: useimmat kirjoittajat näyttävät pitävän selvänä, että alkuperäistodennäköisyydellä saa olla ja on merkitystä todistusharkinnassa. Pohdinnan kohteena on lähinnä se, kuinka paljon se saa vaikuttaa todistusratkaisuun. Kuten seuraava NJA 1992 s. 263 osoittaa, alkuperäistodennäköisyys esiintyy myös tuoreessa siviiliprosessissa. Jäljempänä käsittelen alkuperäistodennäköisyyttä erityisesti rikosprosessin ja syyttömyysolettaman kannalta.

7.1.3.3 Pro exemplo: sinisten ja vihreiden taksien tapaus ja arviointi

Common law -pohjainen ja jo muukin todistusteoreettinen keskustelu on vuosikymmeniä rikastunut kahdesta fiktiivisestä esimerkkitapauksesta, joilla kulloinkin puollettua tai arvosteltua todistusharkintateoriaa on testattu. Toisessa esimerkissä kysymys on rodeon katsomoon maksamatta päässeistä kuokkavieraista ja rodeon järjestäjän mahdollisuuksista saattaa tällaiset pummit edesvas-
tuuseen. Käsittelen sitä tarkemmin todistusharkintateorioiden yhteydessä, koska siinä kysymys on lähinnä Bayesin teoreeman mahdollisesta soveltumisesta. Toinen esimerkki on sinisten ja vihreiden taksien tapaus, jota selostan tässä, koska siinä merkittävässä osassa on *base rate*, taksien alkuperäisen jakauman suhde, vaikka myös siinä on kysymys Bayesin teoreeman soveltamisesta.

Sinisten ja vihreiden taksien tapaus on peräisin Tverskyltä ja Kahnemanilta.¹⁰⁶⁰ Kysymys on tilanteesta, jossa taksi oli ajanut ihmisen yli ja paennut paikalta. Kaupungissa on kaksi taksiyhtiötä, Vihreä ja Sininen. Vihreällä on 85 ja Sinisellä 15 prosenttia kaupungin takseista. Eräs todistaja tunnisti auton siniseksi. Tuomioistuimien testasi todistajan luotettavuutta samoissa olosuhteissa kuin tuona yönä oli ollut, ja päätteli, että todistaja tunnisti kummankin värin 80 prosenttia testiajasta ja epäonnistui tunnistamisessa 20 prosentissa ajasta. Kysymys oli, mikä on todennäköisyys, että taksi oli Sininen eikä Vihreä. Tversky ja Kahneman laskevat tuloksen käyttäen Bayesin kaavan odds-muotoa, jossa prior odds ovat 15/85 ja likelihood ratio on 80/20. B ja G kuvaavat kyseisen auton väriä koskevaa hypoteesia ja W on todistajankertomus. Tällöin

1059 Lindell 1987, s. 275 – 276.

1060 Tversky – Kahneman 1982 A, s. 156 – 158. Ks. myös Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 166; he esittelevät myös useita ratkaisumalleja tähän, s. 167 – 171.

$$P(B/W) / P(G/W) = P(W/B)P(B) / P(W/G)P(G) \text{ eli}$$

$$(.8)(.15) / (.2)(.85) = 12/17 \text{ ja siten}$$

$$P(B/W) = 12 / (12+17) = .41$$

Todistajakertomuksesta huolimatta yliajoon syyllistynyt taksi on todennäköisemmin Vihreä kuin Sininen, koska alkuperäistodennäköisyys on suurempi kuin todistajan luotettavuus.

Kun esimerkki on esitetty hiukan vaihtelevina versioina suurelle joukolle koehenkilöitä, tulokset ovat olleet hyvin yhteneviä. Mediaani ja useimmin esitetty vastaus on tyypillisesti .80 eli arvo, joka vastaa todistajan luotettavuutta ja johon ei ilmeisesti ole vaikuttanut Sinisten ja Vihreiden autojen lukumäärän suhteellinen frekvenssi.

Base raten eli alkuperäisjakauman informaatiota hyödynnettiin myös todistetta ilmoittamatta. Kun siitä ei kerrottu, melkein kaikki koehenkilöt ilmoittivat vastauksenaan base raten .15. Lisäksi tämä arvo kontrolloi koehenkilön odotuksia todistelua kohtaan. Toiselle koehenkilöiden ryhmälle esitettiin edellä oleva ongelma, paitsi että lause ”todistaja tunnisti auton siniseksi” korvattiin lauseella ”todistaja tunnisti auton värin”. Näiltä vastaajilta kysyttiin sitten, mikä on todennäköisyys sille, että todistaja tunnisti auton siniseksi. Mediaani ja useimmin esitetty vastaus tähän oli .15. Oikea vastaus on $.2 \times .85 + .8 \times .15 = .29$. Koska muuta tietoa ei ollut käytettävissä, base ratea käytettiin asianmukaisesti ennustamaan kohteen lopputulos ja epäasianmukaisesti ennustamaan todistajankertomusta.

Arvioinnit muuttuivat, kun taksien satunnainen määrien perussuhde korvattiin kausaalisella onnettomuuksien perussuhteella. Tämä oli tehty korvaamalla tieto taksien pelkkien lukumäärien suhteesta ilmoittamalla, että vaikka kaksi yhtiötä olivat karkeasti ottaen samankokoisia, 85 prosentissa kaupungissa takseille sattuneista onnettomuuksista osallisena olivat olleet Vihreät taksit ja 15 prosentissa Siniset. Vastaukset tähän ongelmaan vaihtelivat suuresti, mutta base rate'a ei enää jätetty huomiotta. Mediaanivastaus oli .60, joka on todistajan luotettavuuden (.80) ja oikean vastauksen (.41) välissä. Base rate on tässä kausaalinen, koska ero onnettomuuksien suhteessa samankokoisten yhtiöiden välillä jo aiheutti päätelmän, että vihreiden taksien ajajat ovat holtittomampia ja/tai taitamattomampia kuin Sinisten taksien ajajat. Päätelmä selittää onnettomuuksien base raten eroavuuden ja implikoi, että jokainen Vihreä taksi joutuu todennäköisemmin onnettomuuteen kuin mikään Sininen taksi. Sitä vastoin tieto pelkästä lukumäärien jakaumasta on satunnainen, koska ero kaupungin Sinisten ja Vihreiden taksien lukumäärässä ei oikeuta kausaalista päätelmää,

että jokainen Vihreä taksi todennäköisemmin joutuu onnettomuuteen kuin mikä tahansa Sininen taksi.

Tversky ja Kahneman huomauttavat lisäksi, että heidän analyysinsä mukaan posterior-todennäköisyys, että hairahtunut taksi on Sininen eikä Vihreä, on sama, ilmoitettiin sitten pelkkä lukumäärien suhde tai onnettomuuksien suhde. Siitä huolimatta korrelaatio taksin värin ja onnettomuuteen joutumisen välillä on 0 edellisessä ja .7 jälkimmäisessä (kausaali)tapauksessa. Tämä tilastollinen seikka kuvastaa kahden base raten eroa ja auttaa ymmärtämään, miksi kausaalista base ratea käytetään hyödyksi ja satunnainen base rate jätetään huomiotta.

Miten koetilannetta on arvioitava? Esimerkki on sikäli neutraali, että jo itse todennäköisyys perustuu matemaattisiin frekvensseihin. Lähtökohtatietona esimerkissä ilmoitetaan, että sinisiä takseja kaupungissa oli tuolloin 85 ja vihreitä 15 prosenttia. Onko tämän jakauman sisältämä tieto, perussuhde, alkuperäistodennäköisyyttä, siis tietoa siitä, että törmännyt ja paennut auto on 85-prosenttisella todennäköisyydellä sininen ja 15-prosenttisella vihreä? Näin ajattelivat ne, joilla ei todistelutietoa ollut – ja se sai nämä koehenkilöt jopa ennakoimaan sitä, mitä todistelussa tulisi ilmi.

Voi kuitenkin ajatella niin, että myös prosenttijakauma on normaalia todistustositseikka-tietoa, jolla voi olla suoraa vaikutusta todistusharkinnan lopputulokseen ja joka siten tuli esittää todistelussa. Tätä kantaa voi perustella sillä, että kysymys ei ole enää jutun ulkopuolelta tulevasta todennäköisyysarvostelmasta, vaan ”kovasta” faktasta, jonka sisältökin saattaa määrittää jutun lopputulosta. Kysymys on tiedon abstraktiotasosta: jakaumatieto on kiinteästi sidoksissa jutun muihin faktoihin eikä tieto episteemisesti eroa tyypillisistä, useimmiten riidattomiksi osoittautuvista etäisistä indisoista, olkoonkin ettei se vielä kerro paljonkaan törmäilijän väristä. Laadullisesti se ei eroa esimerkiksi tiedosta, että kyseisessä kaupunginosassa ei tuolloin liikkunut yhtään vihreää taksia, koska kaikki olivat lentoasemalla. Lisäksi taksijakauman esilletuonti edellyttää todistelua; jos tuomari todella tietää jakauman näin tarkoin, hänen on tuotava se keskustelun kohteeksi – edellyttäen, että hän ylipäätään voi ”puuttua peliin”. Kysymys ei ole enää yksin ”alkuperäiselle” todennäköisyydelle ominaisesta, enemmän tai vähemmän hataraan elämän kokemussääntöön turvautumisesta.

Esimerkki on alkuperäistodennäköisyyden kuvaajaksi heikko siinä suhteessa, että valtaosassa tapauksia alkuperäistodennäköisyyden todellinen vahvuus – saati ”lukuarvo” – jää joka tapauksessa hataraksi ja epäselväksi. Esimerkki-tapauksille tyypillisesti siinä on annettuna selkeä, kiinteä lähtökohta, jollainen on käytännön tilanteessa harvinainen.¹⁰⁶¹

1061 Edes ”kaupungin” taksien kohdalla ei väri-frekvensseissä olla aina lujalla pohjalla. Ajatellaan lentoaseman takseja: on useita taksiyhtiöitä ja yhteenliittymiä, lisäksi itsenäisiä yrittäjiä, lähikuntien takseja ja niin edelleen.

7.1.3.4 Alkuperäistodennäköisyydestä oikeuskirjallisuudessa

Suhtautumisen alkuperäistodennäköisyyteen on sanottu olevan eräs erottava piirre kahden pohjoismaisen todistusharkintametodin, teema- ja todistusarvomethodin, välillä. Näitä metodeita käsittelen jäljempänä laajemmin. Kahtiajako tekee kuitenkin seuraavan esityksen ymmärrettävämmäksi.

Ekelöf toteaa, että jo ennen kuin mitään näyttöä on otettu vastaan, todistusteeman tarkoittama ilmiö voidaan tietää hyvin tavallisesti tai epätavallisesti ilmeneväksi. Edellisessä tapauksessa alkuperäistodennäköisyys on ilmeisesti suuri, jälkimmäisessä se on vähäinen. Ekelöf katsoo kuitenkin, ettei tällä todennäköisyydellä ole kovin suurta merkitystä oikeuden todistusharkinnassa. Erityisesti hän varoittaa kiinnittämästä huomiota todistusteeman epätavallisuuteen. Se, että alkuperäistodennäköisyys on petollinen tietolähde, on hänen mukaansa johtanut eräissä tapauksissa tuomioistuimille suunnattuihin kieltoihin kiinnittää siihen mitään huomiota. Ekelöf katsoo RB:n ilmaisun ”domen grundas på vad som förekommit under huvudförhandlingen” merkitsevän, ettei oikeus saa kiinnittää huomiota sen alkuperäistodennäköisyyteen, minkälainen itse jutun oikeustilanne on luonteeltaan. Sille seikalle, että rikoksesta syytetty on Ekelöfin mukaan melkein aina syyllinen, ei tuomioistuin saa antaa mitään näyttöarvoa, vaan yksin jutussa esitetylle näytölle.¹⁰⁶² – **Edelstam** lisää Ekelöfin esitykseen, että *todistusharkinnassa* tulee yleensäkin olla varovainen antamaan merkitystä alkuperäistodennäköisyydelle ja että todistusarvomethodin mukaan sille ei yleensä tule antaa mitään merkitystä.¹⁰⁶³ Itse todistusteeman tavallisuus ei tee todennäköisemmäksi, että teema on aiheuttanut todisteen. Todistusteeman alkuperäistodennäköisyys ei siis vaikuta kausaalisen todistustosisaikan todistusarvoon. Asianosaisen ei pääsääntöisesti tule saada haittaa tai etua todistelutilanteelle siitä, että todistusteema on harvinainen tai tavallinen muissa vastaavanlaisissa tilanteissa.¹⁰⁶⁴

Anders Stening käsittelee alkuperäistodennäköisyyttä kokemuslauseiden yhteydessä. Hän jakaa kokemuslauseet relatiivista ja absoluuttista frekvenssiä koskeviin

1062 Ekelöf 1977, s. 33 – 34. Tosin Ekelöf sanoo s. 33 aluksi näin: ”... intresserar oss endast den betydelse begynnelsesannolikheten bör tillmätas vid bevisvärdering inom rättsskipningen. Så måste ske då man – innan någon bevisvärdering överhuvudtaget förekommit – vet att en sådan företeelse som bevismetat är mycket vanligt eller ovanligt förekommande. I det förra fallet är begynnelsesannolikheten tydligen hög medan den i det senare fallet är låg.” Selitys tälle Ekelöfin kursivoimalle *bör*-sanalle voi käsittääkseni olla siinä, että hän tässä joko analysoi todellisuudessa teemametodia tai sitten suorittaa vain ”pelinavauksen”.

1063 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 190. Sen sijaan todistustaakan ja näyttökynnyksen asettamisessa alkuperäistodennäköisyys voi vaikuttaa, Edelstam toteaa edellä s. 190 ja aikaisempaan esitykseensä viitaten.

1064 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 198. Lindell 2017, s. 577 alaviitteessä 24 huomauttaa tähän, että toisinaan laki itse rakentuu siihen, mikä on tavallista tai epätavallista asettaessaan presumptioita: velallinen, joka ei maksa selvää ja erääntynyttä saatavaa, oletetaan maksukyvyttömäksi. – Lindellin huonautus pitää käsittääkseni luonnollisesti paikkansa, eikä Edelstamin esitys ole ristiriidassa sen kanssa.

lauseisiin, ja relatiiviset edelleen hatariin (vaga) ja fiktiivisiin (ei mihinkään kokeemukseen, vaan luuloihin tai arvauksiin perustuviin) lauseisiin.¹⁰⁶⁵

Absoluuttisia frekvenssejä ei aseteta suhteeseen mihinkään muuhun. Stening varoittaa antamasta näille frekvensseille liian suurta merkitystä oikeudellisissa yhteyksissä, sillä tällöin päädytään arvioimaan teeman paikkansapitävyyttä puhtaan tilastollisesti. Sitä todennäköisyyttä, joka teemalla tällä tavalla on sellaisenaan, ilman että otetaan huomioon mitään erityistä tilannetta ja erityisiä kiintopisteitä, voitaisiin Steningin mukaan nimittää teeman *alkuperäistodennäköisyydeksi*. Hän siirtyy kuitenkin käyttämään sanan toista eli sitä alkuperäistodennäköisyyttä, joka on voimassa ennen kuin määrätty todistustositseikka otetaan huomioon (ja jota tässä yhteydessä itse olen käsittelemässä). Stening toteaa, että tässä tapauksessa joukko muita todisteita voi vaikuttaa ”alkuperäistodennäköisyyden” arvioimiseen – olennaista on, että todennäköisyys ilmoitetaan ennen kuin varsinainen todiste otetaan huomioon.¹⁰⁶⁶

Stening toteaa¹⁰⁶⁷, että tavallisissa tilanteissa ei liene tarkkaa tietoa erilaisista alkuperäistodennäköisyyksistä. Parhaassa tapauksessa tiedetään, missä määrin olosuhde on tavallinen tai harvoin esiintyvä. Tämän tiedon merkityksen arvioimisessa on suuri ero teema- ja arvometodin välillä. Teemametodin mukaan alkuperäistodennäköisyydellä on ratkaiseva merkitys. Jos alkuperäistodennäköisyys on suuri, käsillä olevat todisteet pitää laittaa tämän todennäköisyyden päälle, ja sen vaikutus, että todistustositseikka on täysin arvoton teeman todennäköisyyden arvioimiselle, on se, että tämä todennäköisyys jää *ex ante* -tasolle. Itse asiassa tieto sekä alkuperäistodennäköisyydestä että *ex ante* -todennäköisyydestä on välttämätön lähdettäessä teemametodista. Teemametodin kannattajien joukossa on nimittäin tavallista ilmaista todistusharkinnan tulos Bayesin teoreeman avulla. Kaava edellyttää, että tiedetään, mikä todennäköisyys teemalla on ennen todisteen huomioon ottamista, ja miten todennäköistä on, että todiste on olemassa, jos teema on olemassa, sekä miten todennäköistä tämä on, jos teema ei ole olemassa. Teemametodin muodollinen soveltaminen edellyttää jokseenkin tarkkaa tietoa todennäköisyydestä *ex ante* ja siten myös alkuperäistodennäköisyydestä.¹⁰⁶⁸

Todistusarvometodin kannalta sen sijaan alkuperäistodennäköisyyden merkitys on Steningin mukaan vain marginaalinen. Haettu arvo ”todennäköisyys sille, että todiste todistaa teeman” on etsittävässä suoraan ihmisen kokemusaineistosta – tälle

¹⁰⁶⁵ Stening 1975, s. 39 – 41.

¹⁰⁶⁶ Stening 1975, s. 41 – 42. Kursivoinnit Steningin.

¹⁰⁶⁷ Stening 1975, s. 42.

¹⁰⁶⁸ Stening 1975, s. 42 – 43.

ei ole kaavaa.¹⁰⁶⁹ Silloin todistusarvo voi olla suuri vaikka alkuperäistodennäköisyys on pieni, ja toisinpäin. Tämä ei tarkoita, että alkuperäistodennäköisyys olisi vailla merkitystä. Jos oletetaan, että teema muodostuu jostakin erittäin harvinaisesta, tämä vaikuttaa väistämättä arvioon esilläolevan todistustositiasian näyttöarvosta. Mitä epätodennäköisempi teema on, sitä epäilevämmiin todisteeseen suhtaudutaan. Jotta tämä negatiivinen vaikutus tulisi havaittavaksi, teeman pitää olla melkein mahdoton tai ainakin niin epätavallinen, että uskotaan pikemminkin todisteelta puuttuvan näyttöarvoa kuin että teema on olemassa. Vaikeampaa on ratkaista, mikä merkitys on sillä, että teema on hyvin tavallinen eli sen alkuperäistodennäköisyys on hyvin suuri. Tämän asiantilan merkitys ei ole yhtä suuri kuin sen että alkuperäistodennäköisyys on vähäinen. Vaikka voitaisiin ajatella teeman pitävän paikkansa 100 prosentin varmuudella, tämä ei merkitsisi, että teemaa tukevan todisteen näyttöarvo on 1. Tässä on korkean ja matalan alkuperäistodennäköisyyden ero. - Sitä vastoin on Steningin mukaan ilmeistä, että hyvin korkealla alkuperäistodennäköisyydellä on merkitystä todisteen todistusarvolle. Se perustuu siihen, että sen arvioimiseen, minkä voidaan ajatella olevan syynä todisteeseen, vaikuttaa se, että tiedetään tai ollaan lähes varmoja, että ajateltavat syyt ovat de facto olemassa. Toisaalta nämä tapaukset ovat harvemmin ajankohtaisia oikeudellisissa yhteyksissä; teemat, jotka ovat käytännöllisesti katsoen varmoja, tuskin päätyvät todistelun kohteiksi.¹⁰⁷⁰

Käsittääkseni Stening ei näe ongelmaa alkuperäistodennäköisyyden huomiointamisessa tai siinä, että sen voima lisätään oikeisiin todisteisiin. Tosin hän varoittaa antamasta absoluuttisille frekvensseille liian suurta merkitystä. Hiukan oudolta kuulostaa väite, että teemamethodin kannattajien joukossa on ”tavallista ilmaista todistusharkinnan tulos Bayesin teoreeman avulla”.

Jos olen oikein ymmärtänyt **Heumanin** esityksen, näyttökynnys tulee suhteuttaa jommankumman asianosaisen teemaa puoltavaan alkuperäistodennäköisyyteen, eikä alkuperäistodennäköisyyseen saa tällöin suurempaa merkitystä kuin muut todennäköisyystekijät. Tuomioistuimen ratkaisu tulee perustettavaksi siihen, mikä on todennäköisintä, ilman että asetettaisiin vaatimusta merkittävästä todennäköisyyden enemmyydestä näyttövelvollisuuden täyttämiseksi.¹⁰⁷¹ Näyttökynnystä ei saa asettaa merkittävästi korkeammalle

1069 Stening 1975, s. 43. Mielestäni tässä Steningin lausumassa roolit vaikuttavat menneen sekaisin. Eikö arvomethodi kysy juuri toisin päin: miten todennäköistä on, että teema on aiheuttanut todisteen?

1070 Stening 1975, s. 43 – 44. Stening toteaa, että tietomme todellisuudesta perustuvat paitsi kokemuslauseisiin, myös konkreettisen tietoon siitä, mitä on olemassa tietystä tilanteesta, ja abstraktiseen tietoon erilaisten olosuhteiden ja seikkojen esiintymisestä, mutta ehkä ennen kaikkea suhteista sellaisten olosuhteiden ja seikkojen välillä. Kokemuslauseet antavat abstraktisen tiedon, kun taas todistustositiasiat ovat osa konkreettista tietämystä. – Ks. Lindellin 1987, s. 168 – 169 arviointeja Steningin lausumista.

1071 Heuman 2005, s. 418 – 427, 438 – 452. Heumanin laaja esitys koskee pääosin alkuperäistodennäköisyyden ”ensimmäistä käyttöä”, siis todistustaakkasäännön eräänä argumenttina, ja tällöin valokeilaan tulee pikemminkin pohjana olevan kokemus- tai vastaavan säännön paikkansapitävyys (eikä alkuperäistodennäköisyyden yleinen sallittavuus). Heuman nostaa esille muun ohella whipflash-jutut, jotka meillä Suomessakin ovat

tai matalammalle kuin alkuperäistodennäköisyys, elleivät muut seikat, kuten todisteiden varmistaminen, puolla sitä. ”Vähäisellä alkuperäistodennäköisyydellä saa olla vaikutusta vain todistusharkinnassa (man kan nöja sig med att låta...)” Jos se on korkea, se voi muodostaa hyvän argumentin todistustaakan jaolle, mutta myös sille, kuinka ankaraksi näyttökynnys on asetettava”.¹⁰⁷²

Heuman huomauttaa, että hatarat kokemuslauseet on tarkoin erotettava normatiivisista käsityksistä (miten pitää toimia yleensä).¹⁰⁷³ Voi olla vaikea ratkaista, onko olemassa suuri vai pieni alkuperäistodennäköisyys. Ei ole yksiselitteisiä perusteita katsoa HD:n noudattavan johdonmukaisesti periaatetta, että korkea alkuperäistodennäköisyys olisi todistustaakkaa perustava ja että vähäinen alkuperäistodennäköisyys saisi merkitystä vain todistusharkinnassa. Alkuperäistodennäköisyydellä on merkitystä lähinnä kausaalisuhteen kohdalla. Esimerkiksi se, aiheuttaako psyykkisiä seuraamuksia, kun omainen näkee henkilön surmattavan, presumoidaan; HD katsoo olevan asian luonnossa, että seuraamuksia tulee. Presumptio rakentuu siis korkealle alkuperäistodennäköisyydelle.¹⁰⁷⁴

Heuman on sitä mieltä, että asianosainen ei voi saada alkuperäistodennäköisyydestä kaksinkertaista hyötyä, siis ei hyötyä siitä sekä todistustaakan jaossa että todistusharkinnassa. Argumentti voidaan ”konsumoida” vain jommalla-kummalla tavalla.¹⁰⁷⁵

Bolding 1989 katsoo, että alkuperäistodennäköisyys täytyy ottaa merkittävässä määrin huomioon todistusharkinnassa, kun tämä ymmärretään epämääräiseksi ja hyvin vähän täsmälliseksi todennäköisyyslaskelmaksi. Hän valittaa kuitenkin, että jos tällaisen väitteen esittää, ”så stöter man på patrull hos vär-demetoden, alldeles påtagligt”.¹⁰⁷⁶

konstantisti hankalia. Heuman varoittaa s. 441, ettei alkuperäistodennäköisyyttä tule hyväksyä pelkästään sen vuoksi, että asiantuntijat ovat antaneet lausuntoja frekvensseistä ja asiayhteyksistä. Tällaisena, vakuutuslääkärien käyttämänä kaavamaisena sääntönä Heuman mainitsee Ruotsista niin sanotun 72 tunnin säännön: tuon ajan sisällä onnettomuuden jälkeen henkilön olisi tullut tuntea kipua ollakseen oikeutettu korvaukseen whiplash-vammasta. Lääketieteelliset asiantuntijat ovat kyseenalaistaneet säännön. Heuman asettaa tuomioistuimille vaikean tehtävän: on tärkeää, että nämä tutkivat, onko todella olemassa kestävä tieteellistä tukea frekvenssiväitteille, joita tuomioistuin harkitsee asettaa perusteeksi todistustaakasäännölle. – Käsitteäkseni Suomessa tällaista ”sääntöä” ei ole ollut, vaan ainakin tuomioistuinkäytännössä on lähdetty siitä, että oireet saattavat tulla paljonkin myöhemmin.

1072 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 137. Kursivointi Heumanin.

1073 Sen sijaan lainsäätäjä voi antaa alkuperäistodennäköisyydelle tunnusmerkistökiteijän aseman: Heuman viittaa s. 146 kauppalaan 3 §:ään, jonka mukaan kauppatapa ohittaa lain dispositiiviset säännöt.

1074 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 138 – 140.

1075 Heuman 2005, s. 439 ja teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 145. Heuman asettaa jälleen tuomioistuimelle melkoisen tehtävän: jotta voitaisiin ratkaista, saadaanko alkupeäristodennäköisyydelle antaa merkitystä todistusharkinnassa, tuomioistuimen tulee perusteluissaan selvittää, perustuuko kyseessä oleva todistustaakasääntö siihen, vai onko tuomioistuin vain muista oikeuspoliittisista syistä antanut sille merkitystä todistusharkinnassa.

1076 Bolding 1989, s. 78. Hän arvioi tässä teema- ja todistuarvometodin eroa käyttäen esimerkkinä jälleen kymmenen vuoden maksuaika-väitettä ja sitä, mikä alkuperäistodennäköisyys sillä metodien mukaan on tai ei ole.

Bolding¹⁰⁷⁷ kysyy, miksi alkuperäistodennäköisyydelle pitäisi antaa pienempi merkitys todistusharkinnan puitteissa: eikö sellainen tendenssi sopisi huonosti yhteen kokemuslauseiden merkityksestä todistusharkinnalle yleisesti omaksutun käsityksen kanssa. ”Ja miksi olisi painavia syitä skeptiseen juuri sellaisia kokemussääntöjä kohtaan, jotka voidaan johtaa tilastollisesti mitattavista seikoista. – Alkuperäistodennäköisyysproblematiikka on pantava suhteeseen siihen, mitä tarkasti katsoen todistusharkinnan tarkoitukseksi ymmärretään.” – Teemametodi asettaa todistusarvometodia enemmän frekvenssiharkinnat keskeiseen asemaan todistusoikeudellisessa argumentaatiossa. Boldingin käsityksen mukaan tämä perustuu siihen, että siinä, mitä teemametodilla halutaan saada selville, eli ajatusoperaatioiden tuloksessa, on myös frekventistisiä Aspekteja. Jos tuomari tiettyssä jutussa sanoo, että hypoteesi on todennäköinen, hänen täytyy tämän mukaisesti tarkoittaa, että hän, jos hyväksyy hypoteesin, saa suuremman mahdollisuuden osua oikeaan kuin mikä vastaa virheen riskiä. Yksittäisestä jutusta hän ei edelleenkään tiedä mitään, sillä kysymys on vain frekvensseistä.

Bolding kysyy, mihin tämä johtaa alkuperäistodennäköisyyden kannalta. Pitääkö se ottaa mukaan argumentaatioon, kokonaan, osittain tai ei lainkaan? Voiko lopulta päätyä mihinkään, mikä koskee frekvenssejä käyttämättä mitään premissejä, joilla vuorostaan on frekventistisiä Aspekteja, hän kysyy ja katsoo tämän vaikuttavan järjenvastaiselta. Kokemussäännöillä täytyy olla tietty rooli todistusharkinnassa, ja nuo säännöt usein perustuvat oletuksiin frekvenssisuhteista, yksinkertaisimmissa ratkaisuissa siihen, mikä on ”tavallista” ja ”epätavallista”, kun kysymys on inhimillisestä käyttäytymisestä. Pitäisikö ehkä noudattaa erityistä pidättyväisyyttä tietynlaisten frekvenssisuhteiden kohdalla? Erottaako tämä suurempi tai pienempi pidättyväisyys todistusarvometodin teemametodista?¹⁰⁷⁸

Mikä motivoisi pidättyväisyyden, Bolding kysyy. Tietyllä hetkellä havaittavissa oleva alkuperäistodennäköisyys voi ”poistua päiväjärjestyksestä” menettäessään kiinnostavuutensa, kun lisää informaatiota on liitetty todistusaineistoon. Alkuperäistodennäköisyys saattaa myös silloin jäädä relevantiksi vain tiettyssä määrin, nimittäin *laskentaperusteena yhdistettynä muuhun todistusaineistoon*, joka tekee sen vain osittain soveltuvaksi kyseiseen tilanteeseen. Tällaiseen argumenttiin perustuva pidättyväisyys on hänen mukaansa kuitenkin aivan itsestään selvää eikä voi olla erotteleva eri todistusoikeudellisille strategioille. Toinen argumentti pidättyväisyydelle voi olla, että jutun erityiset kysymyksenasettelut huomioon ottaen voi olla sopimatonta

¹⁰⁷⁷ Bolding 1989, s. 81 – 84. Nämä kysymykset Bolding suuntaa Steningille, jonka väitöskirjaa 1975 hän mainitussa kohden puntaroi. Steninghän oli pidättyväinen alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottamisessa todistusharkinnassa. Jos ymmärrän oikein, Boldingin varsinaisena maalitauluna on kuitenkin itse teemametodin ”pidättyväisyys”.

¹⁰⁷⁸ Bolding 1989, s. 82.

– tai jopa loukkaavaa – ottaa alkuperäistodennäköisyys täysin mukaan tekijäksi näytön vahvuuden arviointiin.¹⁰⁷⁹

Lappalainen 2001 viittaa alkuperäistodennäköisyyteen, paitsi teema- ja arvometodin kohdalla niiden eräänä erona, lähinnä todistustaakkasäännön perusteena. Hän näyttäisi pitävän mahdollisena ottaa se huomioon (myös) todistusharkinnassa.¹⁰⁸⁰

Lindell katsoo, että alkuperäistodennäköisyydellä on varmasti suuri merkitys tuomitsemiskäytännössä, joka tapauksessa riitajutuissa. Se toimii ensinnäkin *selektiivisenä välineenä* siten, että se kiinnittää huomion siihen, mistä ylipäättään on tarpeen esittää näyttöä. Toiseksi, juuri yleinen tietämyksemme todellisuuden asiayhteyksistä saa aikaan, että jonkin tapahtuman kuvaus kokonaisuudessaan voi tulla *käsitettäväksi* ja näyttää *a priori* enemmän tai vähemmän uskottavalta. Tässä yhteydessä se muodostaa perustan esiymmärrykselle ja on välttämätön instrumentti asianosaisille ja tuomarille, kun on kysymys esimerkiksi sen arvioimisesta missä kohdin todistajalle on tehtävä lisää kysymyksiä. Kolmanneksi alkuperäistodennäköisyyttä voidaan ja tulee käyttää *todellisuudelle vieraiden väitteiden torjumiseen*.¹⁰⁸¹

Diesen 2012, käsitellessään dispositiivisten riitajuttujen todistusharkintaa, katsoo,¹⁰⁸² että sopivan lähtökohdan saamiseksi pää- ja vastanäytön vertailulle on arvioitava todistusteeman todennäköisyys eli teemalle se todennäköisyys, joka on olemassa ennen kuin tuomari on ottanut selvää jutun faktisista todisteista. Hän lausuu seuraavaa:

1079 Bolding 1989, s.82 – 84. Kursivointi (yhteenlasku) tässä JR. – Bolding mainitsee esimerkkinä pari kertaa varkauksiin syyllistyneen huumaiden käyttäjän, joka on syytteessä varkaudesta, ja kysyy, onko aiemmilla teoilla merkitystä. Syyttäjän mielestä on, puolustajan mielestä syytettyä tulee kohdella kuin ensikertalaista. ”Frekvenssin näkökulmasta syytetyn voi katsoa kuuluvan riskiryhmään, jossa taipumus varkauksiin on suurempi kuin ihmisillä keskimäärin. Silti voi olla erityinen syy mennä puolustajan linjoille: lainkäytön tulee vaikuttaa siihen, että rangaistut pitävät mielekkäänä ’uutta starttia’ ja rikkovat aiemmat rikolliset tendenssit. Voi olla järkevästi perusteltua todistusharkinnassa jättää huomioon ottamatta jokin määrä todistusaineistoa saavuttaakseen päämäärä, joka näyttää tärkeämmältä kuin tavoite saada esiin tuloksia, jotka merkitsevät, että hyväksytyt hypoteesit täsmäävät todellisuuden tosiasioiden kanssa. Näin ymmärrettynä esimerkki kuvaa tendenssiä, jolla on suuri rooli rikosprosessissa, favor defensionista. Se tulee selvimmin esille todistus- taakkaopissa. Samaa päämäärää voidaan kuitenkin päästä eri teitä: pidättyväisyydellä todistusharkinnassa ja/tai soveltamalla syyttäjän näyttövaatimussääntöjä. *Harkinnat eivät saa kuitenkaan mennä sisäkkäin.*” (kursivointi, kahdenkertaisuuden kielto, tässä JR).

1080 Lappalainen 2001, s. 303 ja 327. Tämä saattaisi tosin johtaa saman tekijän huomioon ottamiseen ”kahteen kertaan”, mutta ”todistus oikeus tuskin voinee olla sellaista loogista matematiikkaa, että tällainen ilmiö olisi ehdottomasti torjuttava.”

1081 Lindell 2017, s. 577. Kursivointi Lindellin. – Lindellin esitys liittyy hänen todistusarvo- ja teemameteodeita koskevaan esitykseensä. Todettuaan, että Ekelöf ja todistusarvometodi eivät anna alkuperäistodennäköisyydelle mitään tai paljoakaan merkitystä, hän lausuu, että sen merkitys lieenee aliarvioitu.

1082 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 350.

”Detta kan tyckas vara ett märkligt sätt att börja en objektiv värdering, men om man inte erkänner ursprungssannolikhetens roll vid bevisvärderingen på detta sätt kommer den ändå in bakvägen när domaren bedömer sannolikheten för temat med hjälp av det första beviset. För att bestämma ett bevisstemats sannolikhet behövs alltid referenser till verklighetsrelaterade kunskaper och erfarenheter och det innebär att en domare inte kommer undan ursprungssannolikheten. Redan i samband med stämning och förberedelse i målet utbildas en uppfattning om hur sannolikt parts faktapåstående verkar vara. Självfallet kan denna uppfattning visa sig felaktig när domaren väl ser bevisen, och i vissa fall är det mycket unika situationer som blir föremål för domstolsprövning, men generellt sett har domaren vid huvudförhandlingen en välunderbyggd uppfattning om parts förutsättningar att kunna styrka sitt påstående. Eftersom det är framlagda bevisen som slutligen bedöms är det inte något teoretiskt fel att godta ursprungssannolikheten som en plattform för en prövning av dessa. Samtidigt måste domaren vara medveten om – något som gäller oavsett hur den kommer till uttryck – att ju högre ursprungssannolikheten är, desto svårare blir det att godta alternativa förklaringar.”

Dahlman tuo esiin kaksi erilaista tapaa määritellä alkuperäistodennäköisyys (‘ex ante -todennäköisyys’) eikä pidä kumpaakaan tapaa hyvänä, mutta tuo kuitenkin esille, miten alkuperäistodennäköisyyden huomiotta jättäminen (*base rate neglect*, *base rate fallacy*) on hänen mielestään virhe.¹⁰⁸³

Klami – Gräns – Sorvettula huomauttavat alkuperäistodennäköisyyttä koskevan vaatimuksen vaikeudesta ja seurauksista. Riitajutuissa base-rate-todennäköisyyksien puolueeton jakauma 0.5 – 0.5 voitaisiin ehkä hyväksyä. Vaikka alkuperäistodennäköisyyden valinnan voitaisiin väittää olevan vain tekniikkaa, on ainakin jossain määrin ongelmallista valita 50 prosentin todennäköisyys syytetyn *syylisyyden hyväksi*, varsinkin kun laki on tällä kohden täysin selvä: *syöttömyysolettama* on voimassa. Jos aprioreille halutaan objektiiviset arvot, lähtökohtana pitäisi ilmeisesti olla jonkinlainen tilastollinen päättely rikosfrekvensseistä tietyssä populaatiossa, johon vastaaja kuuluu. Tämä johtaa referenssirymäongelmaan.¹⁰⁸⁴

Virolainen kiinnittää huomiota alkuperäistodennäköisyyden vaaroihin vertaillessaan teema- ja todistuarvometodia. Hän preferoi jälkimmäistä ”ainakin siinä suhteessa, että sitä käytettäessä vältetään olettamuksenvaraisilta yleiseen

1083 Dahlman 2018, s 128 - 132. Hän tukee väitettään erällä Tverskyn – Kahnemanin psykologisilla koetilanteilla ja myös omalla, Lundin oikeustieteen opiskelijoilla tekemällään tutkimuksella. Kysymys siinä oli mielestäni kyllä enemmän opiskelijoiden nokkeluuden testaamisesta kuin vakavasti otettavasta, oikeudenkäyntitilanteeseen rinnastettavasta tilanteesta.

1084 Klami – Gräns – Sorvettula 2000a, s. 103 – 104. He katsovat s. 105, että ongelmien vuoksi ei Bayesin teoreemaan tule sitoutua, mutta sitä voidaan käyttää esimerkiksi silloin, kun on kysymys melko täsmällisiin tilastoihin perustuvasta tieteellisestä näytöstä.

elämäkokemukseen perustuvilta ennakkokäsityksiltä erityisesti silloin, kun vastanäyttöä ei ole tai se on heikkoa.”¹⁰⁸⁵

7.1.3.5 Alkuperäistodennäköisyydestä Eurocard-jutussa NJA 1992 s. 263

Ratkaisu NJA 1992 s. 263 eli Eurocard-ratkaisu on alkuperäistodennäköisyyden kannalta monivaihteinen. Jutussa luottokorttiyhtiö velkoi luottokortin haltijalta ilmeisen suurta yökerholaskua, ja haltija väitti, että maksutositteet oli (määrän osalta) väärennetyt. Henkilö oli ulkomaan yökerhossa maksanut luottokortillaan 610 DM:n laskun, mutta luottokorttiyhtiön laskutus myöhemmin häneltä oli 3610 DM. Hän kiisti laskun 610 DM:n ylittävältä osalta ja väitti, että kolmonen oli lisätty hänen laskuunsa jälkeenpäin eli laskua oli väärennetyt. HD lausui seuraavasti:

”I rättspraxis har ansetts att, om en föregiven gäldenär bestrider en handlingens äkthet, det åligger borgenären att visa att handlingen är äkta (jfr NJA 1976 s 667). Om en gäldenär gör gällande att en handling visserligen är äkta men att handlingens text ändrats, sk innehållsförfalskning, har däremot gäldenären enligt uttalanden i doktrinen (se t ex Hessler, Obehöriga förfaranden med värdepapper, 1981 s 41) i princip bevisbördan för sitt påstående. ...

Frågan är då om dessa bevisbörderegler bör tillämpas även när det gäller förfalskningar av inköpsnotor i samband med användandet av ett kontokort som inte är en värdehandling och inte heller ett legitimations- eller presentationspapper ... I princip fungerar kontokortet som ett betalningsmedel. Användningen av kontokort är numera en masshantering. Det skulle därför med all sannolikhet medföra avsevärda problem för kontokortsföretagen om de vid varje tillfälle som en kontokortsinnehavare gör en invändning om falsk inköpsnota skulle tvingas styrka inköpsnotans äkthet. Kontokortsinnehavaren torde ofta ha lättare än kontokortsföretaget att förebringa utredning angående namnunderskriftens äkthet. Eftersom kontokortsinnehavaren genom kontokortet försetts med en legitimationshandling, som givits vissa begränsade rättsverkningar, kan det inte sägas vara främmande att ålägga kontokortsinnehavaren någon form av medansvar för utredningen när kontokortet missbrukas av tredje man. Med hänsyn härtill ter det sig rimligt att kräva att kontokortsinnehavaren gör åtminstone antagligt att en förfalskning, underskrifts- eller innehållsförfalskning, föreligger. Om kontokortsinnehavaren gör detta får det sedan ankomma på kontokortsföretaget att förebringa motbevisning om handlingens äkthet.

¹⁰⁸⁵ Virolainen 1995, s. 43.

I förevarande fall har J-Å.P. i enlighet med sedvanlig betalningspraxis överlämnat sitt kontokort till behörig företrädare för Pussy Cat för prägling av inköpsnota i därför avsedd apparat. Genom den förebragta muntliga och skriftliga bevisningen sedd i belysning av de mycket stora belopp som påförts J-Å.P. får han anses ha gjort sannolikt att med inköpsnotorna förfarits på det sätt som han gjort gällande. Någon motbevisning rörande inköpsnotornas äkthet har inte åberopats från Eurocards sida. Inköpsnotorna skall därför anses vara förfalskade.

På grund av det anförda och då Eurocard inte visat att J-Å.P. varit oaktsam vid handhavandet av kontokortet eller att han av annan orsak skulle vara betalningsskyldig för det yrkade beloppet skall Eurocards talan ogillas.”

Jutussa laskutuksen oikea määrä on eräs oikeustositteiden, ja määrää todistellaan todistustositteiden, joista nyt keskeinen on väite väärennyksestä.

HD:n esittelijä katsoi, että todistustaakka tositteiden aitoudesta oli luottokorttiyhtiöllä: ”... får redan genom de ovanligt höga beloppen Eurocard anses ha bevisbördan” siitä, ettei vääräntämistä ollut tapahtunut. HD totesi todistustaakan asiakirjan aitoudesta olevan velkojalla (viitaten ratkaisuun NJA 1976 s. 667)¹⁰⁸⁶, mutta sisällön muuttamista koskevasta väitteestä tietoisopin mukaan velallisella. HD:n ratkaistavana oli, pätevätkö nämä säännöt myös luottokortin käyttöön liittyviin ostokuitteihin. HD asetti näyttövelvollisuuden tekstin muuttamisesta velalliselle ja perusteli tätä muun ohella maksutavan massaluonteisuudella, luottokorttiyhtiölle todistustaakasta joka ainoan väitteenteon yhteydessä todennäköisesti aiheutuvilla huomattavilla ongelmilla ja sillä, että haltijan lienee usein helpompi esittää selvitystä. HD katsoi, ettei ole kohtuutonta asettaa haltijalle jonkinlainen kanssavastuu väärinkäytön selvittämisestä. Siksi HD asetti haltijan näyttökynnyksen allekirjoitus- tai sisältöväärennyksestä (”ainakin”) antagligt-tasolle. Haltijan menettelyn tavanomaisuuteen ja esitettyyn näyttöön viitaten HD katsoi, ”sedd i belysning av de mycket stora belopp som påförts J-A.P.” tämän tehneen väärennyksväitteen todennäköiseksi. Kun Eurocard ei ollut vedonnut vastanäyttöön aitouden hyväksi, HD katsoi kuitit väärennyksiksi.

Tässä jutussa alkuperäistodennäköisyytenä on ollut käsittääkseni sekä esittelijän että HD:n ajatus tai ”kokemussääntö”, että kun tositteissa kysymys on suurista summista, on epätodennäköistä, että asiakas käyttäisi niin paljon yökerhossa-kaan, joten tositteissa olevat rahamäärät voitaisiin olettaa muutetuiksi. Lopputuloksena oli vain erilainen. Esittelijän mukaan voitaisiin tehdä suoraan päätelmä, että todistustaakka aitoudesta kuuluu yhtiölle. HD ei asettanut todistustaakkaa näin suoraviivaisesti, vaan katsoi myös haltijalla olevan osavastuuta ja toi esiin

¹⁰⁸⁶ Tätä ratkaisua käsitellen jäljempänä övervikt-periaatteen yhteydessä. Se ratkesi tämän periaatteen mukaisesti.

muita perusteita, reaalisia argumentteja: kortilla maksamisen massaluontoisuuden, maksuliikenteen sujuvuuden ja ekonomian¹⁰⁸⁷ sekä osapuolten aseman – tämän siinä mielessä, että luottokortin hallinta merkitsee haltijalle kelpuutusta tehdä oikeustoimia. Näin HD päätyi asettamaan todistustaakan väärentämisestä haltijalle. Se kuitenkin asetti näyttökynnyksen alas eli oletettavan tasolle. Alkuperäistodennäköisyys tuli HD:n päättelyssä esille haltijan eduksi vasta todistusharkinnassa: määrien suuruuden luoman alkuperäistodennäköisyyden lisäksi ei tarvittu paljonkaan näyttöä (”sedvanlig betalningspraxis” ja jonkin verran muuta todistelua, jota tarkasteltiin määrien suuruuden valossa) väärentämisen todistamiseksi. Tämä oli välitilinpäätös, mutta se jäi lopulliseksi, kun yhtiö ei enää esittänyt sille vastanäyttöä.¹⁰⁸⁸

Toisaalta, vaikka HD:n ratkaisua tulkittaisiin niin, että alkuperäistodennäköisyys vaikutti vain todistusharkintaan, HD:n tekemällä toimella eli näyttövelvollisuuden asettamisella kortinhaltijalle kevennettynä on presumption luomisen luonteenpiirteet: jos kortinhaltija, näyttämällä noudattaneensa tavanomaista maksukäytäntöä ja vähällä muulla todistelulla saattaa oletettavaksi, että tositteet oli väärennetty, taakka siirtyy luottokorttiyhtiölle. Ratkaisuun palaan vielä presumption yhteydessä (kohdassa 7.2.3).

Miten tilanne ratkaistaisiin tänä päivänä ja Suomessa? On turha lähteä pitkälle spekuloidaan. Todennäköisesti ratkaisu saattaisi perustua maksupalvelulain säännöksiin. Lähtökohtana on lain 72 §:n mukainen palveluntarjoajan todistustaakka, mutta maksuvälineen haltijalla on oma huolellisuusvelvollisuutensa 53 ja 54 §:n mukaisesti.¹⁰⁸⁹

7.1.3.6 Sallitaanko ja tarvitaanko konkreettista alkuperäistodennäköisyyttä? Alkuperäistodennäköisyys virhelähteenä

BGH:n määritelmä niin sanotusta *nollahypoteesista* soveltuu sekä alkuperäistodennäköisyyden että syyttömyysolettaman arviointiin:

1087 Ratkaisua kommentoi tuoreltaan Westberg JT 1992 – 93, s. 156, 160 ja 167 – 168. Hän kritisoi ratkaisua muun muassa kuluttajanäkökulman sivuuttamisesta; todistustaakan jaossa eikä todistusharkinnassakaan ei tulisi yksipuolisesti kiinnittää huomiota siihen argumenttiin, kumman asianosaisen on helpompi varmistaa näyttönsä eli varautua siihen. ”Helpompi” todistaa ei tarkoita samaa kuin ”helppo” todistaa.

1088 Ratkaisun tulkinnasta näin ks. Heuman 2005, s. 438 – 439 ja Heuman teoksessa Ekelöf- Edelman – Heuman 2009, s. 144. Hän siis katsoo, että alkuperäistodennäköisyys vaikutti HD:n ratkaisussa vain todistusharkintaan.

1089 Ks. Saaripuu 2019, s. 443–444 ja alaviite 1308. Ks. myös 72 §:n 3 momentin harvinainen muotoilu näyttökynnyksestä: ’Se seikka, että palveluntarjoaja voi näyttää, että suostumus maksutapahtuman toteuttamiseen on annettu maksuvälineellä, ei välttämättä yksin riitä osoittamaan, että maksuvälineen haltija on antanut suostumuksensa maksutapahtuman toteuttamiseen, toiminut petollisesti taikka laiminlyönyt tahallisesti tai törkeän huolimattomasti 53 ja 54 §:ssä säädettyjä velvollisuuksiaan.’ (kursivointi JR).

”Jede Aussage gilt solange als unwahr, bis diese Vermutung sich angesichts der Zahl und der Qualität der Realitätskriterien in der Aussage nicht mehr aufrechterhalten läßt.”¹⁰⁹⁰

Sören Halldén taas kuvaa eloisasti askelta alkuperäisestä todenäköisyydestä lopulliseen:

”Jag tänker mig en situation av följande paradoxala beskaffenhet. Det finns vissa starka belägg för en hypotes. Bedömaren accepterar hypotesen som möjlig. Han är ävenledes villig att precisera denna idé om möjlighet, så att han tillskriver hypotesen en bestämd minimisannolikhet som överstiger noll. Kanske säger han: Det finns minst en chans på miljonen att det är så. Då förser detta första erkännande de förefintliga beläggen med en slagkraft som de tidigare inte ägde. Hypotesen framstår plötsligt som synnerligen sannolik och i praktiken ofrånkomlig. Den är möjlig, alltså är den ofrånkomlig!”¹⁰⁹¹

Alkuperäistodennäköisyyden arviointi perustuu lähinnä intuition: erilaisiin lähteisiin perustuvaa tietoaaineistoa, kuten yleistä elämäkokemusta, sovelletaan alkavan jutun asetelmiin ja seikkoihin. ”Yleinen elämäkokemus” on tulkinnanvaraista ja vaihtelee eri henkilöillä. Kun lähtökohta on tämä, konkreettisen alkuperäistodennäköisyyden arvioinnissa ollaan lähtötilanteessa melko hataralla pohjalla¹⁰⁹². Paradoksaalista on, että alkuperäistodennäköisyydellä saattaa ainakin eräiden tutkijoiden mukaan olla todistusharkinnan lopputulokseen suuri merkitys.¹⁰⁹³ Tämä käy ilmi esimerkiksi Bayesin teoreemasta, joka osoittaa samalla matemaattiseen ajattelumalliin liittyviä vaaroja.

1090 Bender – Nack – Treuer 2007, s. 53 – 54 (kohta 216). BGH on tuonut hypoteesin esiin 30.7.1999 (1 StR 618/98) antamassaan periaateratkaisussa BGHSt, 45, 164. Sen kohdassa 12 BGH lausuu näin: ” a) Das methodische Grundprinzip besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt (hier: Glaubhaftigkeit der spezi-fischen Aussage) so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr verein-bar ist. Der Sachverständige nimmt daher bei der Begutachtung zunächst an, die Aussage sei unwahr (sog. Nullhypothese). Zur Prüfung dieser Annahme hat er weitere Hypothesen zu bilden. Ergibt seine Prüfstrategie, daß die Unwahrhypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen, und es gilt dann die Alternativhypothese, daß es sich um eine wahre Aussage handelt.” – Bender – Nack – Treuer huomauttavat, että hypoteesin voimassaolo (gelten) tarkoittaa vain sitä, että lau-sumaa pidetään epätotena eikä sitä voida asettaa tuomion perustaksi. Se voi hyvinkin olla tosi, kuten monet lyhyet lausumat, joiden totuudellisuutta ei yksityiskohtien runsauden vuoksi pystytä lainkaan arvioimaan. He katsovat myös (s. 121), että olisi realistisempaa lähteä siitä, että lausuman paikkansapitävyys ja valheellisuus ovat yhtä todennäköisiä. – BGH:lla on arviointiin neljä analyysitekniikkaa: muuttumattomuusanalyysi (die Konstanzanalyse), kompetenssianalyysi (die Kompetenzanalyse), motivaatioanalyysi (die Motivationsanalyse) ja ”virhelähdeanalyysi” (die ”Fehlerquellenanalyse”); Bender – Nack – Treuer 2007, s. 122 (kohta 500).

1091 Halldén 1981, s. 73.

1092 Tässä suhteessa alkuperäistodennäköisyyteen ja yleistyksiin kokemussääntöinä liittyvät samat vaarat. Ks. jalkimmaisista esimerkiksi Murphy 2005, s. 5 ja s. 116.

1093 Merkitystä korostaa esimerkiksi Andersson 2017, s. 178. Hän käsittelee esitutkintavaiheen syytä epäillä -pak-kokeinoedellytystä (”skäligen misstanke”). Varsinaisessa oikeudenkäynnin todistusharkinnassa merkitys voi olla käsittääkseni vielä suurempi, koska harkinta johtaa aikaanaan lopulliseen tuomioon.

Alkuperäistodennäköisyyden eräitä vaaratekijöitä sivuaa ja samalla sen yhtymäkohtia intuitioon osoittaa edellisessä jaksossa intuition yhteydessä kuvattu, Tverskyn ja Kahnemanin tutkimus ankkurointi-ilmiö. He havaitsivat psykologisissa kokeissa, että ihmisten arviointeihin saattavat vaikuttaa heillä olevat ennako-olettamat ja heille annetut pohjatiedot.¹⁰⁹⁴ Gräns katsoo tutkimuksista käyvän ilmi, että ”lähtökohtaolettaman valinta muodostaa käytännössä niin vahvan päättelyn perustan, ettei sen vaikutusta voida lisäinformaation avulla oikaista. Erilaiset lopputulokset ovat siksi riippuvaisia valitusta alkuperäisolettamasta.”¹⁰⁹⁵ Itse en Tverskyn ja Kahnemanin edellä viitattujen tutkimusten tuloksia näin kategorisiksi ja lohduttomiksi ymmärtäisi – ei ainakaan tuomioistuimen näyttötuomariin sovellettuna, joka ei ole ”koehenkilö”. Ainakin omalle kohdalleni on osunut tavallisia järkeviä juristeja, joilla ei ole ollut vaikeuksia ”oikaista” käsityksiään lisäinformaation perusteella. Lisäksi on mielestäni pantava merkille, että ainakaan kaikissa tutkimuksissa ei ole ollut kysymys prosessin ulkoisesta alkuperäistodennäköisyydestä, vaan myös prosessin sisäisestä kommunikaatiosta, lähinnä syyttäjän syytteen esittämisen ”tehokkuudesta” tulevan harkinnan ohjautumisessa.¹⁰⁹⁶

Ho on esittänyt mielikuvan aidalla istuvasta näyttötuomarista. Ho:n mukaan on ”joskus täysin rationaalista lykätä kategorista uskomusta tai pidättäytyä siitä (lykkäämällä kategorista arviota tai pidättäytymällä siitä) ja olla uskomatta yhtä hyvin että p kuin että ei-p; osittaisen uskomuksen omaksuminen on samaa kuin omaksua tämä agnostinen tila, olla sitoutumatta kumpaankaan näistä kahdesta positioista.” Lykätyn uskomuksen, täsmällisemmin sanoen lykätyn arvion käsite soveltuu Ho:n mukaan kategoriseen mutta ei osittaiseen uskomukseen. ”Tämänkaltaisen uskomuksen voimakkuus mitattuna epistemologisella todennäköisyydellä voi olla arvoltaan mikä tahansa asteikolla nolasta yhteen. Henkilöltä ei puutu uskomusta probabilistisesti käsitettynä, kun hän istuu niin sanotusti kokonaan aidan päällä; sen sijaan hänellä on osittainen uskomus, jonka tarkka todennäköisyysarvo on 0.5. Tämä subjektiivinen luottamuksen aste voi olla käsillä silloin, kun henkilö ei voi löytää todisteita sen paremmin p:n puolesta kuin sitä vastaan.” Ho huomauttaa kuitenkin, että tuossa tilanteessa henkilö ei ole sen paremmin oikeutettu uskomaan kategorisesti että p kuin uskomaan kategorisesti että ei-p. ”Henkilöllä, joka lykkää kategorista uskomusta (ja siksi ei usko eikä ole uskomatta p), ei ole uskomusta, jolla olisi todennäköisyysarvo nolla; henkilöllä, joka määrää p:lle todennäköisyyden nolla, voi tuskin sanoa

1094 Tversky ja Kahneman 1982, s.14 – 18 ja 2012, s. 489 – 494. Heidän päätöksenteossa vaikuttavia heuristiikkoja koskevia tutkimuksiaan olen käsitellyt edellä todistusharkintaa koskevassa yleisjaksossa (6.2.4).

1095 Gräns 2003, s. 191.

1096 *Syytteen* vaikuttavuudesta on kysymys Gränsin 2003, s. 192 – 202 selostamassa Wagenaarin ynnä muiden tutkimuksessa.

olevan ei-mitään uskomusta p:hen; päinvastoin hän jättää uskomatta p:n ja hänen epäuskomisensa on äärimmäinen.”¹⁰⁹⁷

Monissa oikeusjärjestelmissä on, ehkä legaalisestikin vahvistettuna, sääntö siitä, että oikeuden ratkaisu saadaa perustaa ainoastaan oikeudessa esitettyyn oikeudenkäyntiaineistoon. Luonnollinen kysymys on, eikö tällainen kokemustieto tai hiljainen tieto tule alistaa kontradiktoriseen menettelyyn. Käytännön tasolla kysymys sivuaa myös keskustelua siitä, saako ja missä määrin tuomari perehtyä jutun aineistoon ja missä tarkoituksessa.

Alkuperäistodennäköisyyttä vastaan voidaan tehdä myös se huomautus, että osa (ja helpoin, siis varmimmin esiintuleva osa) esimerkiksi todistajan kertomuksesta kohdistuu samoihin komponentteihin, joiden perusteella juuri alkuperäistodennäköisyys yleisen elämäkokemuksen perusteella, on jo määritelty. Tällöin tuo sisältö tulee asianmukaisesti esille, mutta saattaa tulla noteeratuksi kahteen kertaan.

Keskeisin kysymys koskee kuitenkin alkuperäistodennäköisyyden käytön *sallittuisuutta*: mihin ilmiötä ja käsitettä ylipäätään tarvitaan. Kysymys on ollut debatin kohteena erityisesti rikosprosessissa, koska on helppo havaita, että materiaali, joka otetaan tavallaan ”sivusta”, todistelun ulkopuolelta ja usein syytetyn vahingoksi,¹⁰⁹⁸ on törmäyskurssilla rikosoikeudellisen syyttömyyssolettaman kanssa. Esitutkinnassa alkuperäistodennäköisyyden pohjana olevia kokemussääntöjä voidaan käyttää abduktiiviseen tutkintalinjojen selvittelyyn ja painopisteiden sijoittamiseen, mutta eikö viimeistään tuomarin tule olla vapaa ennakkokäsityksistä? Kuten Diesenin edellä olevasta sitaatista käy ilmi, hän ei näe alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottamisessa dispositiivisissa riitajutuissakaan mittään ongelmaa. Hän sentään lausuu, että alkuperäistodennäköisyyden arvioiminen ”voi tuntua kummalliselta tavalta aloittaa objektiivinen arviointi”.

Kontradiktorisuutta koskeva kysymys on merkittävä ja sisältää useita vivahteita. Siinä liikutaan hiukan samalla alueella kuin notoristen seikkojen huomioon ottamisessa. Jos kysymys on yleisesti tunnustetusta kokemussäännöstä, joka kuuluu tavalliseen arkitodellisuuteen, kontradiktorisuutta tuskin tarvitaan. Mitä kauemmas tiedon notorisuudesta mennään, sitä merkittävämmäksi kysymys tulee. Ehkä ratkaisevaksi jää sen punninta, tuleeko tietyn alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottaminen ratkaisun perusteluissa asianosaiselle yllätyksenä. Asiaan vaikuttaa myös, miten suuri painoarvo kyseessä olevalla seikalla ratkaisulle on.

1097 Ho 2008, s. 132 -133.

1098 Paljon vähemmän on kiinnitetty huomiota siihen mahdollisuuteen, että alkuperäistodennäköisyys saattaa (tai saattaisi huomioon otettuna) vaikuttaa myös syytetyn eduksi.

Mitä tuomarin ennakkoperehtymiseen tulee, henkinen valmistautuminen edessä oleviin prosessitapahtumiin ja ongelmatilanteisiin ja juuri todisteluvaihe tuomioistuimessa edellyttää valmistautumista monella tavalla. Suomalainen todistusoikeuden lähihistoria tarjoaa kaksi ääriesimerkkiä. Ennen 1990-luvun suuria prosessi uudistuksia käytännössä sovelletussa ”kirjallis-suullisessa” alioikeusmenettelyssä kirjalliset esitutkintakertomukset luettiin, myös oikeudenkäynnissä, ja suullisuus oli usein sen kontrollointia, että ne oli kirjattu oikein. Esteitä esitutkintaan etukäteen tutustumiselle ei ollut. Prosessireformien yhteydessä menttiin ensin toiseen äärimmäisyyteen: korostettiin todistelun välittömyyttä ja suullisuutta ja karsittiin esimerkiksi esitutkinta-asiakirjat lähtökohtaisesti kokonaan ’laillisesta’ oikeudenkäyntiaineistosta; ainoastaan oikeudenkäynnin aikana perustellusti viitatuille osioille ja eräissä muissa erityistapauksissa oli lupa antaa tämä status.¹⁰⁹⁹ Puhdasoppisuudessa menttiin toisinaan (koulutuksessa) niin pitkälle, että vaadittiin, ettei tuomari saa etukäteen edes vilkaista esitutkinta-aineistoa, ja tätä perusteltiin, paitsi muodollisilla seikoilla, myös sillä, että näin estetään ennakkokäsitysten muodostuminen. Näin tiukkoja näkemyksiä ei enää onneksi liene kuultavissa, ja ennakkokäsitysten pelkokin lienee laantunut.¹¹⁰⁰

Todisteluratkaisun perustelujen kirjoittamisessa tulee konkreettisesti esiin tapa ajatella ja jäsentää todistelua. Alkuperäistodennäköisyyden merkityksen voi ajatella olevan perusteluissa näkyvillä kirjoitettuna, esimerkiksi notorisuutta tavoittelevana muotoiluna ”väite seikasta (tai tapahtumainkulusta) x on yleisestikin ottaen epätavallinen”¹¹⁰¹ tai ”on harvinaista, että ihmiset yleensä käyttäytyisivät sillä tavalla kuin Y on väittänyt”. Usein alkuperäistodennäköisyys on voitu tuoda esiin näitä epäsuoremmin ilmauksin tai se voi olla vain pääteltävissä muusta perusteluaineistosta.

Ydinkysymykseksi kuitenkin jää, mihin alkuperäistodennäköisyyttä ja sen käsitettä ylipäätään tarvitaan ja miksi sellaisen käyttäminen olisi sallittua.

Jakson alussa käsittelin alkuperäistodennäköisyyttä episteemisestä, tavallaan ”neutraalista” näkökulmasta. Varhaisemmassa tutkimuksessa ei ole juuri kyseenalaistettu sitä, että tällaiseen todennäköisyydellä olisi paikkansa todistusoikeudessa ja sen käsitteistössä. Monenlaisiin teemoihin sellainen

1099 OK 17:11.1:n 2 kohdaksi lisättiin ROL:n säätämisen yhteydessä melko kategorinen kielto käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjan tai muulla tavalla tallennettua lausumaa, ellei laissa toisin säädetty. Tällaisena poikkeuksena oli sallittua muun muassa OK 17: 32.2:ssa todistajan esitutkintapöytäkirjan (ja oikeudessa antaman kertomuksen) lukeminen, jos todistaja oikeudessa poikkesi ennen kertomastaan tai selitti, ettei voi tai halua lausua mitään. Samoin uudessa 2 momentissa tarkoitettu poikkeuksellinen tilanne mahdollistaa luvan lukemiseen. Ks. HE 82/1995 s. 143 – 144; LaVM 9/1997, s. 8 kritiikkiä äärimmilleen viedyistä keskittämis-, välittömyys- ja suullisuusperiaatteista ja s. 24 (uuden 2 (3?) momentin ja 32.2:n erilaisesta merkityksestä.

1100 Ennakkopäätöksessä KKO 2013:92 käsiteltiin esitutkinta-aineiston ja todisteiden erottelemista. Ratkaisu kohdistui syyttäjän tekemään kanteluun. Olin mukana tässä päätöksessä.

1101 Esimerkiksi kymmenen vuoden maksuajasta turkistakin kaupassa (Boldingin esimerkitapaus NJA 1948 s. 554).

todennäköisyys voidaan ajatuksellisesti liittää, ja sen voinee sanoa olevan faktisesti olemassa ainakin psykologisena kokemuksena – luulona, oletuksena, enemmän tai vähemmän vankkaan pohjaan perustuvana tietona, osana ”odotushorisonttia”. Ongelma tulee kuitenkin esiin, kun kysytään, mihin käsitykset alkuperäistodennäköisyydestä tarkemmin ottaen perustuvat: mikä on perusteiden laatu, uskottavuus ja hyväksyttävyyys, ja miten vahva käsitys on. Kun kysymys todistelussa ja todistusharkinnassa on inhimillisestä toiminnasta, voi olla niin, että puhdas episteeminen tarkastelukulma ei kerro kaikkea.

Kysymys ei ole vähäinen ensinnäkään siksi, että matemaattiset todistusharkintateoriat, jotka hyödyntävät Bayesin teoreemaa, edellyttävät alkuperäistodennäköisyyden eli a priori -todennäköisyyden käsitteen olemassaoloa.¹¹⁰² Ongelma ei kuitenkaan rajoitu näihin teorioihin. Käsittääkseni Bayesin teoreemaan tai ylipäätään bayesilaisen ajatteluun, niin kritiikille alttiina kuin sitä voidaankin pitää, liittyy kuitenkin hyvä puoli, että se ainakin yrittää herättää soveltajansa kysymään, mihin hänen käsityksensä alkuperäistodennäköisyydestä perustuu.

Miksi todistusteemalla *ylipäätään* tulisi olla tai sille tulisi hyväksyä jokin ”alkuperäinen” todennäköisyys, jonka määräytyminen olisi kaiken oikeudenkäynnin ja siihen liittyvän kontradiktorisen menettelyn ulkopuolella, ehkä asi-anosaisten kontrolloimattomissa? Kuka kontrolloi ja kuka tietää, mihin se perustuu – tietääkö tai tiedostaako sitä edes ratkaisija? Mikä takaa, ettei kysymys ole pelkästään ennakkoluulosta, joka voi olla sitkeä ja jonka perusteista kukaan ei tiedä eikä voi niitä kontrolloida. Eikö siis kontradiktorisessa prosessissa tulisi lähteä nollapisteestä – ratkaisijalla ei saa olla mielessään minkäänlaista ”alkuperäistodennäköisyyttä”, vaan hänen on oltava ”täysin neutraali”? Mitä tarkoittaa olla ’täysin neutraali’? Onko sellainen se aidalla istuja, joka ei usko sen paremmin p:hen kuin ei-p:hen tai joka lykkää uskomistaan?

Kysymyksiä voi terävöittää edelleen. Mikä oikeuttaa sen, että psykologisissa tutkimuksissa saavutetut tulokset esimerkiksi aikaisemman rikollisuuden vaikutuksesta voidaan ”ilman muuta” asettaa erääksi alkuperäistodennäköisyyteen liitettäväksi pohjatiedoksi? Eikö siis pidäkään paikkaansa, että juttu saadaan ratkaista vain oikeudessa esitetyn perusteella.

Varaumana on periaatteellisuontoisesta tarkastelusta aihetta irrottaa ne tilanteet, joissa alkuperäistodennäköisyydeksikin luonnehdittavissa oleva todennäköisyys on voitu suhteellisen tarkasti, ehkä jopa luonnontieteellisillä ja osallisten tiedossa olevilla ja heidän hyväksymillään perusteilla, määritellä. Klassinen esimerkki ovat todennäköisyydet, jotka pohjautuvat isyyden selvittämiseen

1102 Cohen 1977, s. 98. Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 150. – Dahlman 2018, s. 115 pitää ”tavallisena väärinkäsityksenä”, että syyttömyysolettama merkitsisi alkuperäistodennäköisyyden olevan 0. ”Sellaisella alkuperäistodennäköisyydellä olisi absurdeja seurauksia.” Dahlman on oikeassa sanoessaan bayesianina, että jos todennäköisyys ex ante on 0, syyllisyyden todennäköisyys ex post on Bayesin mukaan myös 0. Hän huomauttaa kyllä alkuperäistodennäköisyyden matemaattisesta sisällöstä tässä yhteydessä, mutta voisi ehkä selvemminkin sanoa, että tuo absurdateetti liittyy Bayesin teoreemaan ja on *sen* ongelma.

liittyvien erilaisten indikaattoreiden hyvin laajaan otantaan. On kuitenkin kyseenalaista, miksi sellainen tieto pitäisi lukea juuri alkuperäistodennäköisyyteen – oikeudessakin se tulee esille asiantuntijatodisteluna asiakirja- tai henkilökuulemisen muodossa. Myös asiantuntijatiedon varaan jättäytymisellä on vaaransa ja rajat voivat tulla vastaan. Kun mennään yleisesti hyväksyttyjen tai ehkä legaalisesti määriteltyjen todennäköisyyksien ulkopuolelle, voidaan päätyä asiantuntijoiden välisiin ristiriitatilanteisiin – tilanteisiin joissa ristiriidat voivat kyllä aueta normaalissa todistelussa ristikuulustelulla eli siis asiantuntijoita yhtä aikaa kuulemalla. Pahimmillaan voidaan joutua riitaan siitäkin, kuka kelpaa ”oikeaksi” asiantuntijaksi, mutta tällöinkin ollaan, ”reilusti”, varsinaisen todistelun piirissä.

Seuraavassa tarkastelen konkreettisen alkuperäistodennäköisyyden roolia sen sallittavuuden kannalta, erityisesti suhteessa syyttömyysolettamaan ja kontradiktorisuuden puuttumiseen.

7.1.3.7 Syyttömyysolettama ja alkuperäistodennäköisyys

7.1.3.7.1 Luonnetodistelusta yleensä

Asianosaisen, todistajan tai muun todistuskeinon luonne todistusoikeudelliselta kannalta voi ilmetä prosessissa lähinnä kahdessa yhteydessä, jotka voivat myös mennä päällekkäin. Se voi olla osa todisteen uskottavuuteen liittyvää aputodistelua ja muodostaa myös oman todistusteemansa omine todistuskeinoineen. Toisaalta se voi liittyä koko kanteen tai syytteen paikkansapitävyyteen yleisemmin, joko alkuperäistodennäköisyytenä tai nimenomaisesti pääteemaan kohdistettuna todisteluna. Todistamisella voidaan pyrkiä sekä positiivisiin että negatiivisiin päämääriin: esimerkiksi todistajan tai asianomistajan kertomus voidaan pyrkiä saamaan epäuskottavaksi todistamalla kertoja epäluotettavaksi henkilöksi – tai toisinpäin, todistamalla hänen luotettavuuttaan. Samoin syytteen paikkansapitävyyttä voidaan yrittää todistella tuomalla esiin aikaisempia, syytetylle ominaisia rikoksentekeätoja – tai sitten niihin viitataan siksi, että väitetty teko on täysin niistä poikkeava.

Luonnetodistelu ei ole meillä eikä ilmeisesti yleensääkään mannermaisissa järjestelmissä kiellettyä. Toisin saattaa olla common law’n piirissä: esimerkiksi USA:ssa se on syyttäjältä lähtökohtaisesti kiellettyä, mutta jos syytetty itse vetoaa hyvään luonteeseensa, syyttäjällä ei ole enää tätä estettä.¹¹⁰³ Käytännössä myös meillä esteen muodostaa helpoimmin nykyään OK 17:8:n edellyttämän relevanssin puuttuminen tarjotulta todisteelta.

¹¹⁰³ Laudan 2006, s. 139 – 141. Englannin osalta vuoden 2003 Criminal Justice Act on merkinnyt muutosta: rikosjutussa syytetyn huonoa luonnetta koskeva todistelu on sallittua 101 §:ssä mainituilla ehdoilla; ks. Keane & McKeown 2016, s. 511 – 515.

Siitä, onko todisteella näyttöarvoa teeman kannalta, on ollut kysymys myös jutussa NJA 2007 s. 547. Miestä syytettiin törkeästä naisrauhan rikkomisesta pahoinpitelöllä entistä avopuolisoaan. Näyttö perustui pääosin avopuolison kertomuksiin. Mies kiisti kaiken ja vetosi siihen, että avovaimo oli aiemmin tuomittu petoksesta ja valehdellut lapsensa isyydestä. KO epäsi miehen seitsemän todistajaa asiaan vaikuttamattomina ja luki rikoksen syyksi. HO:ssa mies nimesi edelleen joukon todistajia kertomaan naisen epäluotettavuudesta, kuten juuri lapsen isyyden valehtelemisesta. HO torjui kuitenkin osan todistajista katsoen, että ne eivät vaikuttaneet asiaan, hylkäsi osan syytekohdista ja alensi rangaistusta. HD:n mukaan tuota todistelua ei voitu pitää kokonaan merkityksettömänä. Se kumosi HO:n päätökset ja tuomion ja salli näiden todistajien kuulemisen. HD perusteli ratkaisuaan muun ohella viitaten EIS 6 artiklan 3d kohtaan ja kohtaan 46 EIT:n ratkaisussa Jerusalem v. Itävalta 27.2.2001¹¹⁰⁴ ("Europadomstolen fann där att det var inkonsekvent av de nationella domstolarna att å ena sidan finna vissa påståenden vara obevisade och å andra sidan vägra att uppta erbjuden bevisning på grund av att den ansågs irrelevant.")¹¹⁰⁵

Norjassa luonnetodistelua rajoittaa Straffeprosessloven 134 §:

”§ 134. Bevisførsel om et vitnes vandel eller for å svekke eller styrke et vitnes troverdighet i sin alminnelighet må bare finne sted på den måte og i den utstrekning retten tillater. Det gjelder også bevisførsel om et vitnes tidligere seksuelle atferd. Slik bevisførsel bør nektes når den ikke antas å være av vesentlig betydning. Motbevis må alltid tillates.

Spørsmål om vitnet har vært straffet, skal som regel stilles og besvares skriftlig. Etter rettens bestemmelse kan samme fremgangsmåte brukes ved andre spørsmål om vitnets person eller privatliv.

Skriftlige erklæringer om et vitnes gode eller dårlige navn og rykte må ikke brukes.”

1104 EIT katsoi loukkauksen EIS 10 artiklaa loukatun; 6 artiklan osalta se katsoi, ettei hakemusta ollut tältä osin enää tarvetta tutkia. Kohdassa 46 EIT lausui seuraavasti: "The Court finds that, in requiring the applicant to prove the truth of her statements, while at the same time depriving her of an effective opportunity to adduce evidence to support her statements and thereby show that they constituted fair comment, the Austrian courts overstepped their margin of appreciation and that the injunction granted against the applicant amounted to a disproportionate interference with her freedom of expression."

1105 HD lausui lisäksi muun ohella seuraavaa: " Enligt 35 kap. 7 § RB kan rätten besluta att inte tillåta bevisning som den bedömer uppenbart skulle bli utan verkan. Med detta avses att beviset inte skall kunna förändra det totala bevisvärdet rörande ett visst bevisfaktum, så att tillräcklig bevisning uppnås eller inte längre anses föreligga, och detta skall vara uppenbart. För att bevisning skall kunna avvisas på den ifrågavarande grunden måste den helt kunna fränkännas värde. (Se Fitger, Rättegångsbalken II s. 35:66 f. och NJA 2000 C 8.)"

Det finns i svensk rätt i princip inget hinder mot att förelägga bevisning rörande parts eller vittnes personliga förhållanden, anseende eller karaktär i syfte att påverka bedömningen av dennes utsagas trovärdighet. Domstolen kan dock vägra att ta upp bevisning rörande en parts eller vittnes trovärdighet i allmänhet, om sådan läggs fram i chikanöst syfte (NJA II 1943 s. 451)."

7.1.3.7.2 Syyttömyysolettama kansainvälisissä sopimuksissa ja oikeuskirjallisuudessa

Syyttömyysolettama on määritelty useissa keskeisissä ihmisoikeuksia koskevissa kansainvälisissä sopimuksissa. YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 14 artiklan 2 kohdan mukaan ”jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus tulla pidetyksi syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti toteen näytetty.” Vastaavasti EIS 6 artiklan 2 kohdan mukaan ”jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen.” ETL 4:2:n mukaan rikoksesta epäiltyä on kohdeltava esitutkinnassa syyttömänä.¹¹⁰⁶

EIT:n oikeuskäytännössä syyttömyysolettaman sisältöä on käsitelty muun ohessa täysistuntoratkaisussa *Barberà, Messegue ja Jabardo vs. Espanja*¹¹⁰⁷ 6.12.1988. EIT:n kohdassa 77 lausuman mukaan syyttömyysolettama sisältää muun ohella vaatimuksen, että tuomarit eivät saa pitää lähtökohtanaan etukätestä ajatusta, että syytetty on tehnyt syytteessä tarkoitetun teon.¹¹⁰⁸

Syyttömyysolettama sisältyy **EU:n perusoikeuskirjan** 47 ja 48 artikloihin. Edellisen (”Oikeus tehokkaasiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen”) mukaan

Jokaisella, jonka unionin oikeudessa taattuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava tässä artiklassa määrättyjen edellytysten mukaisesti käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot tuomioistuimessa.

Jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa, joka on etukäteen laillisesti perustettu. Jokaisella on oltava mahdollisuus saada neuvoja ja antaa toisen henkilön puolustaa ja edustaa itseään.

Maksutonta oikeusapua annetaan vähävaraisille, jos tällainen apu on tarpeen, jotta asianomainen voisi tehokkaasti käyttää oikeutta saattaa asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi.

¹¹⁰⁶ HE 222/2010 s. 192 todetaan muun ohella, että syyttömyysolettama kuuluu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perustekijöihin. ”Syyttömyysolettaman tausta-ajatuksena on, että osa epäilyistä jää toteennäyttämättä tai jopa osoittautuu vääriksi. Sen vuoksi on pyrittävä minimoimaan epäilyistä johtuvia haitallisia seuraamuksia.” Lainkohta vastasi vanhan esitutkintalain 7:2:n määräyksiä. ks. myös Helminen ym. 2012, s. 11 ja 93 – 94. – Syyttömyysolettaman merkityksestä todistustaakan jaolle ja todistusharkinnalle yleensä Träskman 1987, s. 474 – 476.

¹¹⁰⁷ *Barberà, Messegue ja Jabardo vs. Espanja* 6.12.1988. Ratkaisusta Strandbakken 2003, s. 341.

¹¹⁰⁸ ”Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.”

48 artiklan (Syyttömyysolettama ja oikeus puolustukseen) mukaan (1.) jokaista syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syllisyytensä on laillisesti näytetty toteen, ja (2.) jokaiselle syytetylle taataan oikeus puolustukseen.

Syyttömyysolettamaa määrittelee EU-lainsäädännössä nykyään tarkemmin **syyttömyysolettamadirektiivi 2016/343**.¹¹⁰⁹ Sen johdannossa käsitellään olettamaa yksityiskohtaisesti. Johdannon kohdasta 16 käy ilmi, että oikeusviranomaisten päätöksissä ei ”saisi antaa ymmärtää, että henkilö on syyllinen, jos syllisyyttä ei ole laillisesti näytetty toteen. Esimerkiksi tutkintavankeutta koskevassa päätöksessä ei saa viitata epäiltyyn tai syytettyyn syllisenä”.¹¹¹⁰ Direktiivin 2 artiklassa on ratkaistu kysymys syyttömyysolettaman olemassaolosta oikeudenkäynnin aikana: kohdan mukaan direktiiviä sovelletaan ”rikosoikeudellisen menettelyn kaikissa vaiheissa siitä hetkestä, kun henkilöä epäillään tai syytetään rikoksesta tai väitetystä rikoksesta, kunnes on lopullisesti ratkaistu kysymys siitä, onko epäilty tai syytetty tehnyt rikoksen, ja tästä päätöksestä on tullut lopullinen.” Direktiivin 3 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että epäiltyä tai syytettyä kohdellaan syyttömänä, kunnes hänen syllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Muista artikloista artikla 4 koskee julkisia viittauksia syllisyyteen, artikla 5 epäilyn ja syytteen esittämistä, 6 artikla todistustaakkaa, 7 artikla vaitiolo-oikeutta ja itsekriminointisuoja, 8 artikla läsnäolo-oikeutta oikeudenkäynnissä, 9 artikla oikeutta uuteen oikeudenkäyntiin ja 10 artikla oikeussuojakeinoja.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyt määritelmät syyttömyysolettaman sisällöstä kuvaavat termiä pitkälti samoin kuin ”virallismääritelmät”.¹¹¹¹ Kui-

1109 Täytäntöönpanosta Ruotsissa ks. SOU 2017:17. Ruotsin lainsäädännön katsotaan siinä jo pääosin vastaavan direktiivin vaatimuksia, s. 15. Suomen ohella selostetaan Tanskan ja Norjan tilannetta s. 68 – 73.

1110 Johdannon kohdat 16 ja 19 – 21 koskevat muutoinkin esitutkintaa ja tiedottamista. Johdannon kohdassa 22 sallitaan oikeudellisia seikkoja koskevien olettamien käyttö, kunhan se pysyy kohtuuden rajoissa siten että otetaan huomioon asian merkitys ja säilytetään oikeus puolustukseen, ”ja keinojen olisi oltava asianmukaisessa suhteessa niillä tavoiteltuun oikeutettuun päämäärään nähden”. Olettamien tulee olla kumottavissa ja niitä saisi joka tapauksessa käyttää vain sillä edellytyksellä, että oikeutta puolustukseen kunnioitetaan. – Johdannon kohdissa 24 – 31 käsitellään syytetyä vaitiolo-oikeutta ja itsekriminointisuoja sekä oikeuksien tiedottamista hänelle, kohdissa 33 – 42 syytetyä läsnäolo-oikeutta ja kohdissa 44 – 45 oikeussuojakeinoja.

1111 Virolainen 1995, s. 138 – 139 ja 309 – 310., sekä 1998, s. 142. Ks. myös Virolainen – Pölönen 2003 I, s. 84 – 85. Launiala 2013, s. 5 ja 15 on meillä ehkä laajimmin käsitellyt syyttömyysolettamaa, mutta pääasiallisesti esitutkinnan kannalta. Tuomioistuimen kannalta hän katsoo, että syyttömyysolettama vaikuttaa koko rikosprosessin ajan – siihen saakka, kunnes syllisyys näytetään laillisesti toteen. Olettaman kumoutumisen voidaan Launialan mukaan (s. 15 – 16) periaatteessa katsoa tapahtuvan kahdessa vaiheessa, joko ensimmäisen asteen oikeudenkäynnin jälkeen tai vasta sitten, kun varsinainen muutoksenhaku ylimmässä oikeusasteessa on päättynyt tuloksetta ja rikoksen syyksi lukeva tuomio on saavuttanut lainvoiman. Launiala on itse, ainakin pääsääntönä, jälkimmäisen vaihtoehdon kannalla. – Ks. myös SOU 2017:17, s. 58 – 59: direktiivissä tarkoitettut syytetyä oikeudet ovat voimassa tuomion lainvoimaiseksi tulon saakka.

Edelstamin 2009 mukaan (teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 150 – 151). EIT:n sääntö syyttömyysolettamasta tarkoittaa, että todistustaakka on syyttäjällä ja että tuomari ei saa elätellä ennakkolta omaksettua näkemystä, että syytetty on syyllinen. RB:ssä ei ole nimenomaista säännöstä syyttömyysolettamasta. Edelstam mainitsee eräänä ehkä harvinaisempina olettaman ilmentymismuotona EIS:n mukaan, että syytetyä lausumia ei saa tulkita tunnustukseksi silloin, kun tämä ei ole tarkoittanut tunnustaa rikosta

tenkin eräitä poikkeavia näkemyksiä on esitetty. Niinpä **Laura Ervo 1996** on katsonut, että olisi realistisempaa korvata syyttömyysolettaman käsite objektiivisuusperiaatteella:

”Jotta henkilöön voitaisiin kohdistaa pakkokeinoja, hänen on oltava ”rikoksesta todennäköisin syn epäilty”. ”On rehellisempää ja lainmukaista tunnustaa, että epäiltyä epäillään syystä ja sen vuoksi häneen liitetään myös syyllisyysolettama, sillä syyttömyysolettaman ja todennäköisin syn epäilemisen välillä vallitsee muutoin ristiriita. Vähintäänkin on kyse epätasapainosta näiden ilmaisujen tausta-ajatusten välillä. Miten niiden yhtäaikainen soveltaminen olisi mahdollista? Syytöntä ei liene mahdollista epäillä tai syyttää, ainakaan ”todennäköisin syn.”¹¹¹²

Väitöskirjassaan vuonna 2005 Ervo on käsitykseni mukaan melkoisesti muuttanut kantaansa. Hän lausuu:

”Diskursiivinen oikeudenkäynti onkin aloitettava nollatilanteesta, tietämättömyyden verhossa, jolloin mielessä on pdettävä syyttömyysolettama sen koko laajuudessa. Tietämättömyyden verhossa ei voi olla presumptioita syyllisyydestä. Siten sellaiset ovat selkeästi sekä oikeudenmukaisen että diskursiivisen oikeudenkäynnin vastaisia.”¹¹¹³

Pasi Pölönen 2003¹¹¹⁴ on edellä mainittuun Ervon 1996 esitykseen viitaten¹¹¹⁵ katsonut:

”Esitutinnan lähtökohtana ei luonnollisesti voi olla näkemys, jonka mukaan rikosta *ei* ole tapahtunut. Vastaavasti jutun tullessa tuomioistuimessa vireille ei voida puhua ’puhtaalta pöydältä’ liikkeelle lähtemisestä, koska rikosprosessuaalisissa mekanismeissa esitutkinta- ja syyteharkintavaiheen läpäisseissä jutuissa täytyy olla

Tarkan mukaan (2016, s. 492) tuomioistuimen harkinnan pohjana on niin sanottu nollahypoteesi, jonka mukaan rikoksesta epäilty on syytön. ”Nollahypoteesi korvautuu syyttäjän esittämällä hypoteesilla silloin, kun syyttäjän todistelu on tarpeeksi vankkaa.” Tarkka huomauttaa viitaten EIT:n ratkaisuun *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* 2013, kohta 103, että toinen osa syyttömyysolettamaa on, että henkilön tulee voida nauttia syyttömyysolettaman suojaa myös silloin, jos tuomioistuin on vapauttanut hänet syytteistä.

1112 Ervo 1996, s. 156 – 159.

1113 Ervo 2005, s. 293. Puhe ”tietämättömyyden verhosta” viittaa Rawlsin ”reilun pelin” tuomariin, jolle verhon raosta ojennetaan tosiseikkoja ja joka antaa sitten ratkaisun sieltä. Kun hän ei näe asianosaisia, hän ei voi tehdä arviointeja esimerkiksi syytetyn ulkoisten ominaisuuksien perusteella. Ervon mukaan ”diskurssietiikalle perustuva kommunikatiivinen oikeudenkäynti aloitetaan siinä mielessä tietämättömyyden verhossa, että vaikka osallistujat tietävätkin asianosaisasemansa, kukaan ei tiedä varmuudella loppujen lopuksi sitä, onko heidän asemalleen vahvimman argumentin oikeuttava peruste.” Kuten Ervo sanoo, syytetty voi osoittautua syyttömäksi. Näinhän usein käykin. Tuomarikin voidaan nimetä todistajaksi, mutta harvinaista tämä taitaa olla. Ehkä tuomarin on viisainta ”arvata oma tilansa” ja ymmärtää roolinsa prosessin alusta asti. Jos hänellä on epäilyksiä, esimerkiksi hänellä on ”privates Wissen des Richters” jutun seikoista, hänen on jättäydyttävä jäävinä kokonaan pois aloittamattakaan prosessia.

1114 Pölönen 2003, s. 159. Kursivointi Pölösen.

1115 Pölönen 2003, s. 159 alaviite 251.

lähtökohtaiset perusteet pitää rikosta ainakin todennäköisenä. Tilastojen mukaan huomattava valtaosa kaikista syytteistä johtaakin langettavaan tuomioon.¹¹¹⁶ Näistä syyistä tuomioistuimen *lähtökohtana* ei voi olla syytetyn syyllisyyttä tukevien todisteiden olemassaolon tai merkityksen kyseenalaistaminen. Kun syyte katsotaan aiheelliseksi nostaa, on syyte hyväksyttävä käsittelyn päähypoteesiksi ja lähtökohdaksi. Tuomioistuimen tehtävänä on tämän jälkeen kriittisesti arvioida, ovatko syyttäjän todisteet riittävän painavia ja kattavia siten, että syytetyn syyllisyys tulee toteen näytetyksi järkevän/varteenotettavan epäilyksen pois sulkien.”

Matti Tolvasen 2008 mukaan sellainen käsitys, että syyttömyysolettama kumoutuisi yhdellä tietyllä hetkellä, on väärä. Hän kuvaa oletettaman vaiheita seuraavasti:

”Syyttömyysolettama on vahvimmillaan esitutinnan alkaessa. Esitutinnan edistyessä syyttömyysolettama joko vahvistuu tai heikkenee. Epäilyn vangitseminen merkitsee jo aika vahvaa syyttömyysolettaman horjuttamista. Kun syyttäjä esitutinnan perusteella katsoo syyllisyyden selvästi todennäköisemmäksi kuin syyttömyyden, syyttömyysolettamasta voidaan puhua vain siinä teknisessä merkityksessä, että syyttäjän pitää näyttää syytensä toteen ja ettei syytetyllä ole velvollisuutta myötävaikuttaa syyllisyytensä selvittämisessä.”¹¹¹⁷

Tolvanen 2013 on kuitenkin ymmärtääkseni muuttanut näkemystään yleisen tulokinnan suuntaan. Hän viittaa ensin ETL 7.2:iin (449/1987), jonka mukaan epäiltyä on kohdeltava esitutinnassa syyttömänä.¹¹¹⁸ Sitten hän tuo esiin esitutinnan pohjaksi asetettavan nollahypoteesin ja sen rinnalle luotavia vaihtoehtoisia hypoteeseja, kuten hypoteesit, että epäilty henkilö on tai ei ole teon tekijä. Hän kirjoittaa muun ohella seuraavasti:¹¹¹⁹

”Tuomioistuimen sen sijaan pitää ottaa harkintansa pohjaksi nollahypoteesi, joka korvautuu syyttäjän esittämällä hypoteesilla silloin, kun syyttäjän todistelu on niin vankkaa, ettei sen oikeellisuudesta jää enää varteenotettavaa epäilyä. Oikeudenkäynnissä syyttömyysolettama on tuomioistuimelle suunnattu käsky olettaa syytetty syyttömäksi siihen asti kun tuomioistuin tuomiota harkitessaan vakuuttuu syyttäjän hypoteesin tulleen näytetyksi.”

1116 Pölonen 2003 viittaa tässä Lappi-Seppälään, 2000, s. 13- 14. Lappi-Seppälän mukaan vuonna 1999 oikeudenkäynneissä oli Suomessa syytettyinä 64 478 henkilöä, ja syyte hylättiin 2733 tapauksessa. Näistä laskien syyte syyte hylättiin vain noin 4 %:ssa tapauksista.

1117 Tolvanen 2008, s. 177.

1118 Lainkohtaa vastaa nykyisen vuoden 2014 alusta voimaan tulleen esitutkintalain (811/2011) 4 luvun 2 §.

1119 Tolvanen 2013, s. 351 – 352.

Lindblom on kiinnittänyt huomiota asianomistajan asemaan. Hän kysyy, miten asianomistaja voi pitää tuomioistuinta puolueettomana, jos tuomarin on suojeltava syytettyä ja katsottava tämä syyttömäksi aina ratkaisuun saakka; tämä tarkoittaa yleisesti, että syyttäjä on väärässä ja asianomistaja valehtelee.¹¹²⁰ Lindblom on katsonut EIS 6 atiklan ”lähettävän kaksinkertaisen viestin”, ainakin maissa, joissa asianomistaja voi esiintyä rikosjutun asianosaisena: tämän ja ehkä syyttäjän näkökulmasta 6.2 artiklan in dubio pro reo -maksimi ja muut favor defensionis -periaatteen hyväksytyt kuvaukset voivat vaikuttaa yhteensopimattomilta artiklan 1 kohdan puolueettomuusvaatimuksen kanssa. Olisi paremmin sen vaatimuksen kanssa linjassa, jos syytettyä ei itse prosessin aikana oletettaisi sen paremmin syylliseksi kuin syyttömäksi, ja favor defensionis sallittaisiin vain, jos se ei vaaranna asianomistajan asemaa asianosaisena. Tämän ei tietysti tarvitsisi estää näyttökynnyksen pitämistä korkeana.¹¹²¹

7.1.3.7.3 Alkuperäistodennäköisyys ja syyttömyysolettama

Alkuperäistodennäköisyyden kannalta syyttömyysolettaman merkittävin elementti on tuomarin ja tuomioistuimen ennakkoasenteen kieltö. Tämä voidaan nähdä myös osana tuomioistuimen puolueettomuuden vaatimusta: tuomioistuimen tulee olla jäävitön, objektiivinen ja vapaa ennakkoluuloista ja -käsityksistä.¹¹²²

Klami – Gräns – Sorvettula 2000 toteavat,¹¹²³ että syyttömyysolettama – ”if taken seriously” – tarkoittaa, että todistusharkinnan lähtökohtana tulisi olla se todennäköisyys, jolla *sattumanvaraisesti valittu* henkilö on tehnyt syytteessä tarkoitetun rikoksen. He jatkavat seuraavasti:

”Only in this manner can an impartial investigation begin – provided that one starts from the theorem of Bayes. But if the prior is very near zero, we cannot perhaps get sufficient evidence to convict even obvious culprits, unless one is grossly overestimating the evidentiary values of the concrete pieces of evidence. But what is the lesson to be learned of all this? Quite simply: the nature of judicial fact-finding is such that the assumption about cumulative growth of information, based upon priors (previous knowledge) is not justified, when one is speaking about unique events and concrete individuals. ... The rules of experience are in evidentiary contexts metainformation, not information of the ordinary level. Metainformation is used assessing

¹¹²⁰ Lindblom 2006, s. 326.

¹¹²¹ Lindblom 2006, s. 295. Ks. Tarkka 2016, s. 492 alaviite 19, ja Tolvanen 2008, s. 352. Näin syyttömyysolettama voidaan nähdä myös tuomioistuimen puolueettomuudelle vastakkaisena periaatteena, jolloin puolustuksen suosiminen ja lähtökohta, jonka mukaan syyttäjä on ”väärässä”, ovatkin itse asiassa jotakin muuta kuin ”nollahypoteesi”.

¹¹²² Virolainen – Pölönen 2003, s. 285.

¹¹²³ Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 151 – 152.

the *probative force of real information*, not as the starting-point. But how should this metainformation be rationally used? In our opinion they are not evidence as such and for this reason they should not be taken into account as Bayesian priors, but rather as criteria when assessing evidentiary values.”

Bayesin teoreemaa käsittelen jäljempänä laajemmin erikseen. Keskeistä alkuperäistodennäköisyyden kohdalla on joka tapauksessa, että kirjoittajat toteavat alkuperäistodennäköisyyden ja syyttömyysolettaman yhteensovittamisen ongelman.

Edelstam (joka kannattanee todistusarvometodia) kirjoittaa: ”Useimmissa oikeudenkäynneissä oikeustositseikoissa ei ole jälkeäkään alkuperäistodennäköisyydestä, eikä se silloin vaikuta todistusharkintaan. Jos ihmistä syytetään murtautumalla tehdystä varkaudesta, ei se tieto, kuinka tavallinen tällainen varkaus Ruotsissa on, anna mitään tietoa siitä alkuperäistodennäköisyydestä, että hän on syyllinen. Sen sijaan sellainen johtopäätös voitaisiin perustaa siihen tosiseikkaan, että kyseinen henkilö on syytteessä. Oikeus ei tietystikään saa kiinnittää mitään huomiota siihen tosiseikkaan, että useimmat syytteet hyväksytään (ja että melkein kaikki langettavat tuomiot ovat oikeita). *Oikeuden tehtävänähän on muun muassa kontrolloida, onko esillä oleva juttu sellainen poikkeustapaus, että syytetty on syytön.*”¹¹²⁴ Edelstam katsoo kuitenkin, että jos on olemassa tilastollinen tutkimus vastaavia ilmiöitä koskevan teeman tavallisuudesta tietyssä populaatiossa, tutkimusta voidaan käyttää alkuperäistodennäköisyyden suuruuden tukena.¹¹²⁵

Strandbakken on käsitellyt syyttömyysolettamaa luultavasti kaikkein laajimmin pohjoismaissa 767-sivuisessa väitöskirjassaan. Hän käsittelee alkuperäistodennäköisyyttä ja sen suhdetta syyttömyysolettamaan myös EIT:n oikeuskäytännön kautta.¹¹²⁶ Strandbakken siteeraa jo komission ratkaisua *Itävalta v. Italia* 1963, jossa käsiteltiin suoraan alkuperäistodennäköisyyden ja syyttömyysolettaman suhdetta ja jossa todettiin, että syyksilukeminen saadaan perustaa ainoastaan todisteluun.¹¹²⁷

”This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the

1124 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 192 – 193. Kursivointi Edelstamin. Hiukan eri sanoin jo Ekelöf 1977, s. 34 – 35.

1125 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s.191.

1126 Strandbakken 2003, s. 340 – 344.

1127 Itävalta v. Italia 30.3.1963 (hakemus 788/60). Siteeraus tässä Strandbakkenin 2003, s. 342 kautta.

onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In the judgment they can find him guilty only on the basis on the direct or indirect evidence sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.”

Strandbakken on huomauttanut siitä, että syyttömyysolettama on voimassa myös vapauttavan tuomion jälkeen. Kun henkilö on tuomioistuimen ratkaisulla vapautettu syytteestä, hänen tulee periaatteessa saada olla vapaa joutumasta vedetyksi siihen uudelleen. Hänen tulee saada aloittaa uusi elämä, ja hänellä on oikeus vaatia, paitsi syyttömyyskorvausta valtiolta, myös sitä, ettei häntä myöhemmin nimitetä syylliseksi tai tähdennetä epäilyä ja siten epävarmuutta hänen syyttömyydestään. Jos hänet tuomitaan vahingonkorvausvastuuseen, syntyy kysymys, mitätöikö tämä tuomio vapauttamisen merkityksen syyttömyysolettaman loukkaamista merkitsevällä tavalla. Norjassa on lähdetty siitä, että niin kauan kuin oikeus ei leimaa henkilöä rikosoikeudellisessa mielessä syylliseksi, vahingonkorvaustuomio ei loukkaa syyttömyysolettamaa.¹¹²⁸

Kvalifioitu näkemys alkuperäistodennäköisyyden merkityksestä on matemaattista todistusharkintateoriaa edustavilla bayesinaaneilla. Bayesin teoreeman soveltaminen edellyttää nollaa suuremman alkuperäistodennäköisyyden olemassaoloa, kuten tarkemmin käy ilmi tämän todistusharkintamallin yhteydessä. Tämä vaatimus on ollut omiaan herättämään kysymyksen syyttömyysolettaman merkityksestä tuon teorian kannalta, sillä nolla-arvo lähtökohtaiselle syyllisyydelle (tai syyttömyydelle) ei käy.

Dahlman lähtee siitä, että EIS 6 artiklan syyttömyysolettama tarkoittaa, että syytetyn alkuperäistodennäköisyyttä ei saa vahvistaa sellaiseksi, että todennäköisyys syyllisyydestä on suurempi kuin syyttömyydestä. Dahlman katsoo, että ”tämän vuoksi” todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa on päätelty syyttömyysolettaman sisällöksi, että sitä seikkaa, että syyttäjä on päättänyt nostaa syytteen, ei saa ottaa huomioon määrättäessä alkuperäistodennäköisyyttä.¹¹²⁹ Dahlmanin näkemys tarkoittaisi ymmärtääkseni käytännössä, että syyllisyyden alkuperäistodennäköisyys voisi olla 0 – 50 prosenttia, jos sellainen todella ”vahvistettaisiin”.

¹¹²⁸ Strandbakken 2003, s. 33. Myös Tarkka 2016, s. 492 huomauttaa viitaten EIT:n ratkaisuun *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* 2013, kohta 103, että toinen osa syyttömyysolettamaa on, että henkilön tulee voida nauttia syyttömyysolettaman suojaa myös silloin, jos tuomioistuin on vapauttanut hänet syytteistä.

¹¹²⁹ Dahlman 2018, s. 114 – 115. Hän viittaa viimeisen lauseensa tueksi Ekelöf – Edelstam – Heumanin 2009, s. 192 (Edelstam) ja Laudaniin 2006, s. 104. Laudan lausuu tällä sivulla näin: ”The fact that the accused is in the dock, the juror must suppose, provides no evidence in and of itself pertinent to questions of guilt or innocence.” – Mielestäni Edelstam sanoo juuri päinvastaista (”skulle kunna grundas...”).

Eide näyttäisi lähtevän siitä, että alkuperäistodennäköisyys syyllisyydestä voi olla 75 prosenttia, jos tuomarilla on käsitys, että kolmessa neljästä tapauksesta syyttäjä on oikeassa.¹¹³⁰ Häneltä voi muutoinkin tavata radikaaleimman suhtautumisen. Hän perustelee näkemystä, että alkuperäistodennäköisyys olisi 0,5, seuraavasti:

”En alternativ oppfatning att utsagnet ”uskyldig till det motsatte er bevist”, kan være att det ikke er høyere sannsynlighet for at den anklagede er skyldig enn for at han ikke er det, altså at sannsynligheten for hvert av alternativene er 0,5. En slik forutsetning representerer den naturlige uvitenhet før det foreligger bevis av noen art.”¹¹³¹

Eide torjuu (kuitenkin) ajatuksen, että lukema voisi olla suurempi kuin 0,5 sen vuoksi, että henkilö on jo syytettynä. Eide pitää tätä väärinkäsityksenä koskien sitä, mitä alkuperäistodennäköisyydellä jutun alkaessa tarkoitetaan. Jos näyttötuomari olettaa, että syytteen olemassaolo sellaisenaan indikoi tiettyä todennäköisyyttä syyllisyydelle, alkuperäistodennäköisyys tulisi kaiketi säätää tämän subjektiivisen käsityksen mukaiseksi. ”Dette ville i så fall være å bringe aktors adferd inn som bevis. Det er tvilsomt om dette er å anbefale ved en upartisk bedømmelse...”, hän jatkaa, mutta lausuu, mielestäni yllättävästi: ”...men hvis en dommer har den opfatning at aktorset har rett i tre av fire tilfeller, står det ham naturligtvis fritt å innføre denne frekvensen som en forhåndssannsynlighet.”¹¹³²

Dahlmanin mukaan alkuperäistodennäköisyys ”seuraa syyttömyysolettamasta” ja toimii todistusharkinnan lähtöpisteenä. Siitä lähtöpisteestä alkaen syyllisyyden todennäköisyys kasvaa, kun syyttäjä esittää erilaisia todisteita.¹¹³³ Dahlmanin näkökulma on matemaattisen todistusharkintateorian mukainen ja lähtee siitä, että syytetyt syyllisyyden alkuperäistodennäköisyydellä tulee olla jokin nollaa suurempi arvo. Hän katsoo, että sopimukset estävät sen, että alkuperäistodennäköisyys syyllisyyden puolesta on suurempi kuin syyttömyyden puolesta (eli tämän mukaan arvo saisi hänen mielestään sopimusten estämättä olla aina 0,5:een (50 %) saakka). Dahlman torjuu siis Eiden esittämän, vielä pidemmälle menevän näkemyksen, että tuomari voi prosessin aluksi asettaa alkuperäistodennäköisyydeksi arvon 75 %, jos

1130 Eide, 2016 s. 104. Dahlman 2018, s. 114 katsoo tämän olevan väärin. Hän perustelee näkemystään yksin EIS 6 artiklan syyttömyysolettamalla. Toisaalta hän itse katsoo nähdäkseni tuon olettaman sallivan syyllisyyden alkuperäistodennäköisyyden olevan välillä 0-50 prosenttia (”Denna regel förhindrar en ursprungssannolikhet som fastställts så att sannolikheten är större för att den tilltalade är skyldig än att denne är oskyldig.”) Eide 2020, s. 100 torjuu kuitenkin Dahlmanin kritiikin väärinkäsityksenä.

1131 Eide 2016, s. 104. Ks. kuitenkin Eide 2020, s. 99 – 100, jossa hän ymmärtääkseni selittää tarkoitaneensa lähinnä, että kysymys on (Posnerin) muodollisesta ilmauksesta koskien tuomarilla ennen näytön esittämistä olevaa epätietoisuutta.

1132 Eide 2016, s. 104. – Ks. kuitenkin Eide 2020, s.100, jossa hän selittää lausumaansa: ”Mitt poeng er kun at ingen kan hindre en dommer i å bestemme frekvensen på den nevnte måten, men at det ikke er å anbefale. Det er mulig at min norske bruk av ordet ”fritt” kan ha forårsaket en misforståelse.”

1133 Dahlman 2018, s. 83. Näin iskevästi ilmaistuna syy-seuraussuhde jää hämäräksi. – Dahlman käsittelee kuitenkin syyttömyysolettamaa melko laajasti.

on ”yleisesti tiedossa ja riidatonta, että kyseisestä rikoksesta syytetyistä” 75 % on syyllisiä.¹¹³⁴

Dahlmanin näkemys on se, että alkuperäistodennäköisyys ei voi tarkoittaa tilannetta, jossa on kysymys todennäköisyydestä, joka ei perustu mihinkään informaatioon; jokainen todennäköisyys perustuu johonkin tietoon. Tästä teesistä ei nähdäkseni voida kuitenkaan johtaa mitään sen suhteen, mikä merkitys alkuperäistodennäköisyydellä syyllisyyden todennäköisyyden suhteen on. Syytettynä oleva tekijä varmaan voi arvioida itse olevansa 100-prosenttisesti syyllinen jo alkuperäistodennäköisyyden mukaan, koska hänellä on asiasta varma tieto; hänen läheisensä voi arvioida sellaisen todennäköisyyden esimerkiksi 75 prosentiksi. Syyttömyysolettamassa ei ole kysymys tästä, vaan siitä, saadaanko syytetyn syyllisyyden alkuperäistodennäköisyydelle antaa todistusharkinnan *pohjaksi* jokin muu arvo kuin nolla, toisin sanoen saadaanko se ylipäättään ottaa huomioon syytetyn syyllisyyden tueksi ja ”lisätä” oikeudenkäynnissä myöhemmin esitetyn todistelun näyttöarvoon.

Damaškan mukaan ”todennäköisyyksiä koskevan informaation käytön lisäys saat-
taa paljastaa piilevän riitasoinnun näytön tieteellistämisen ja konventionaalisten
näyttöjärjestelyjen välillä. Tämä voidaan havaita parhaiten rikosoikeutta koskevalla
esimerkillä. Rikosoikeus edellyttää informaatiota konkreettisista, ainutkertaisista
menneisyyden tapahtumista, ja erilaisista, usein yhteismitattomista ominaisuuksista.
Loppujen lopuksi oikeusjärjestelmä kohtelee rikosjutun vastaajaa edelleen
ainutkertaisen tapahtumien maailman osanottajana. Kuitenkaan tätä yksittäiseen
ja ainutkertaiseen kiintymistä ei ole helppo sovittaa yhteen kvantifioituja säännön-
mukaisuuksia koskevaan informaatioon nojautumisen kanssa; tuota informaatiota
välittävät asiantuntijat, jotka sanoutuvat irti kaikesta todistelun kohteena olevan
tapahtuman konkreettisia olosuhteita koskevasta tiedosta. On totta, että probabilis-
tiseen informaatioon nojautuminen minimoisi virheelliset lopputulokset, kun juttuja
käsitellään suuri määrä. Mutta tämä ei ole nykyisin hyväksytty rikosoikeudenkäyn-
tien tavoite. Väitämme olevamme valmiita uhraamaan lopputulosten yleisen täsmäl-
lisyyden väärin syyksilukevien tuomioiden esiintymistiheyden minimoimiseksi;
parempi että monta syyllistä vapautetaan kuin viaton henkilö tuomitaan.”¹¹³⁵

¹¹³⁴ Dahlman 2018, s. 114 – 115. Hän viittaa Eideen 2016, s. 104. – Kuten jäljempänä tuon esiin, Eide ei kylläkään viitatussa kohdassa puhu yleisesti tiedossa olemisesta eikä riidattomuudesta saati kyseisestä rikoksesta syytetyistä, vaan vain tuomarin käsityksestä sen suhteen, että syyttäjät ovat oikeassa ”i tre av fire tilfeller”. Nuo muut, lainausmerkkeihin laittamani kvalifikaatiot ovat Dahlmanin esimerkkitapaukseensa asettamia edellytyksiä. – Ks. myös Eide 2020, s.100. Itse ymmärsin Eiden 2016-lausuman samoin kuin Dahlman.

¹¹³⁵ Damaška 1995, s. 355.

7.1.3.7.4 Cohen ja common law

Dahlman kiteyttää alkuperäistodennäköisyyden ja sen sallittavuuden ongelman muutamalla sanalla: ”Varifrån kommer den första sannolikheten ex ante?”¹¹³⁶

Cohen lähtee siitä, että Englannin tai Amerikan oikeusjärjestelmien rikos-tuomioistuimissa positiivisia a priori -todennäköisyyksiä ei käytetä.¹¹³⁷ Syitä on kaksi: toinen on vähäisempi ja liittyy valamiesten vaikeuksiin ymmärtää a prioria ja a posterioria. Toista voinee käsittääkseni nimittää matemaattisen ja legaalisen syyn yhdistelmäksi. Matemaattiset perusteet liittyvät kiinteästi niihin matemaattisten teorioiden yhteydessä selostettaviin ongelmiin, jotka Cohen tuo esiin pohjustaessaan matemaattisten teorioiden hylkäämistä ja oman induktiivisen teoriansa hyväksymistä. Niitä selostetaan jäljempänä Cohenin esittämän kritiikin yhteydessä. Cohenin kritiikin liityntä legaaliseen kysymykseen on siinä, että matemaattisten teorioiden soveltaminen edellyttää väistämättä teeman a priorin/alkuperäistodennäköisyyden laskemista mukaan näyttöarvoa määrättäessä. Tällöin tulee vastaan legaalinen peruste: tuo noteeraaminen on Cohenin mukaan kiellettyä.

Cohen tarkastelee legaalista perustetta lähtökohtiensa mukaan common law -tuomioistuinten kannalta. Peruste on nähdäkseni kuitenkin universaalisti huomionarvoinen. Sen käsittely on myös irrotettavissa Cohenin esityksestä, sillä sen sisältämät periaatteelliset ongelmat eivät ole välttämättä yhteydessä mihinkään yksittäiseen todistusteoriaan. Tosin niiden vaikutus todistusharkinnan lopputulokseen tulee selkeimmin ilmi matemaattisten teorioiden soveltamistilanteessa – ennen kaikkea juuri kysymyksessä, miten a priori -todennäköisyyden arvo määrättäisiin. Tässä yhteydessä käsittelen laajemmin vain legaalista näkökohtaa.

Ensimmäinen syy a priorin vieroksumiseen perustuu siis Cohenin mukaan (valamiesten) vaikeuteen ymmärtää todennäköisyyden punnintaa monimutkaisissa riitajutuissa a priori ja a posteriori -todennäköisyyksien eron pohjalta. Jos todisteen näyttöarvoa ei mitata todistelusta tehtävän johtopäätöksen todennäköisyyden perusteella vaan tämän ja johtopäätöksen a priori -todennäköisyyden eron perusteella, kantaja voi joskus onnistua näyttämään toteen kanteensa kokonaisuudessaan bop-standardilla, vaikka hän epäonnistuu näyttämään toteen jonkin tai joitakin sen osatekijöistä; tämä taas olisi ristiriidassa sen kanssa, mitä tuomioistuimet todellisuudessa päättäisivät hänen jutussaan.¹¹³⁸

Toinen syy olla turvautumatta a priori -todennäköisyyksiin on Cohenin mukaan siis se, että angloamerikkalaisessa prosessijärjestelmässä syytettyä voidaan

1136 Dahlman 2018, s. 113. Dahlman on matemaattisen teorian ja Bayesin kannattaja. Ex ante -termi tarkoittaa samaa kuin Bayesin a priori ja ex post vastaavasti samaa kuin a posteriori. – Vaikka seuraava esitys keskittyy Coheniin, Dahlmanin kitetytys osuu niin terävästi naulan kantaan, että se puoltaa ”johdantona” tässä paikkaansa.

1137 Cohen 1977, s. 64 – 65 ja 107 – 112.

1138 Cohen 1977, s. 107 – 108.

arvioida vain tuomioistuimelle esitetyn todistelun perusteella. ”Niinpä hän ei tule oikeuteen mukanaan tietty positiivinen syyllisyyden a priori -todennäköisyys”, hän toteaa.¹¹³⁹

Joka tapauksessa Cohenin edellä mainittu toteamus angloamerikkalaisesta järjestelmästä on kovin tuttu. Mitä prosessilajiin tulee, voi ajatella, ettei siviili-prosessissakaan voida lähteä asianosaisia kuulematta sellaisesta alkuperäistodennäköisyydestä, joka pohjaa tuomarin omaan tietoon.

Cohen perustelee odotetusti toteamustaan pohjaamalla sen myös matemaatiikkaan. Hän lausuu, että kun puhutaan matemaattisista todennäköisyyksistä tietyn alueen puitteissa, ei voida erottaa positiivisen S:n hyväksi olevan todennäköisyyden ei-olemassaoloa ei-S:n varmuuden olemassaolosta. S on väite, että syytetty teki rikoksen; jos ei ole olemassa S:n positiivista todennäköisyyttä,¹¹⁴⁰ on oletettava, että ei-S:n a priori -matemaattinen todennäköisyys on 1; ja, ”jos käsillä on ei-S:n tilanne, mikään määrä todistelua ei tule muuttamaan sitä.” Jos siis $p_m[S] = 0$, täytyy myös olla totta, että $p_m[S, R_1] = 0$ ja $p_m[S, R_2] = 0$. Seuraus on, että vaikka korroboraation ja yhteisvaikutuksen yleinen luonne sallii aivan hyvin analyysin matemaattisen todennäköisyyden termein, sellaista analyysia ei käy soveltaminen korroboraation ja yhteisvaikutuksen esiintymisiin englantilaisten ja amerikkalaisten rikosoikeuksien erityisolosuhteissa. Näitä esiintymisiä täytyy sen asemesta analysoida jollakin muulla todennäköisyyden käsitteellä, joka sallii niiden esiintyä silloinkin, kun mitkään positiiviset a priori -todennäköisyydet syyllisyydestä eivät ole sallittuja.¹¹⁴¹

Todisteen a priori-todennäköisyyden arvo ei siis saa olla 0. Jos se on 0, todennäköisyys a posteriori on myös 0, eikä mikään myöhempi todiste nosta sitä suuremmaksi. Kun todiste on ensimmäinen, teemalla ei voi olla muuta todennäköisyyttä kuin sen alkuperäistodennäköisyys. Kysymys on siitä, saako sitä käyttää a priorina. Cohen on voimakkaasti sitä mieltä, ettei se ole sallittua, eikä hän ole yksin. Jos käyttö ei ole sallittua, matemaattisia teorioita ja Bayesin teoreemaa ei voida käyttää todistusharkinnassa tai sen käyttö on ainakin riidanalaista. Cohenin perustelu matemaattisten teorioiden torjunnassa etenee tässäkin siten, että koska matemaattiset teorat edellyttävät alkuperäistodennäköisyyden hyväksymistä ja käyttämistä ja koska se on kiellettyä, ei matemaattisia teorioita voida soveltaa eivätkä tuomioistuimet niitä soveltaa, – vaan ne soveltavat jotakin muuta, eli induktiivista teoriaa.

1139 Cohen 1977, s. 108. Cohen kirjoittaa common law -järjestelmästä ja hänen iskulauseenomaisen tiivistyksensä liittyy rikosprosessiin ja syyttömyysolettamaan, mutta tuskin hänelle on tuntematonta syyttömyysolettaman universaalisuus. Erona mannermaiseen järjestelmään tosin on, että factfindereinä common law'n mukaisessa todistusharkinnassa toimivat maallikot, mannermaalla valtaosin ammattituomarit.

1140 Tässä Cohen tarkoittaa juuri alkuperäistodennäköisyyttä, a priori -todennäköisyyttä, jonka siis lauseessa oletetaan prosessin alkutilanteessa puuttuvan. Voisi kaikei sanoa, että on vain syyttömyysolettama.

1141 Cohen 1977, s. 108 – 109. Cohen puhuu ”englantilaisten ja amerikkalaisten rikosoikeuksien erityisolosuhteista”, mutta kysymys ei käsittäkseni ole mitenkään erityisyydestä.

Cohen esittää a priori -tutkimuksensa tuloksia samassa yhteydessä, kun hän käsittelee todistajanäytön positiivista korroboraatiota eli kertomusten toisiaan tukemista ja muiden todisteiden yhteisvaikutusta. Käsittääkseni asia, jota hän tarkoittaa, on kuitenkin samalla tolalla siinäkin teoreettisessa tilanteessa, että mitään yhdistettävää todistetta ei ole olemassa, vaan syytetty pyritään tuomitsemaan pelkän alkuperäistodennäköisyyden perusteella. Oikeastaan tämä tilanne kuvaa selvimmin sitä alkuperäistodennäköisyyden torjumista, jota Cohen ajaa takaa.

Cohen pohtii myös matemaatikon mahdollisuutta kiertää vaikeus kolmella eri ”pakotiellä”. Niiden selostaminen jo tässä puoltaa sikäli paikkaansa, että pakotieillä onnistuminen vaikuttaisi samalla suoraan syyttömyysolettaman sisältöön. Kaiketi se vaikuttaisi epäsuorasti myös siviiliprosessissa siinä tilanteessa, että alkuperäistodennäköisyyden näkökohtia ei tuotaisi kontradiktoriseen käsitteelyyn, vaan ne jäisivät tuomion perusteluista luettaviksi – parhaassa tapauksessa.

Ensimmäinen pakotie on seuraava. ”Matemaatikko saattaa yrittää kiertää vaikeuden väittämällä, että a priori -todennäköisyys voitaisiin tässä määrätä suhteessa johonkin toiseen todisteeseen, R_0 :aan, joka ei ole yksi vastavuoroisesti toisiaan tukevista tai yhteisvaikuttavista premissistä. Tämä toimisi usein hyvin korroboraation kohdalla, koska usein olisi olemassa muita tuomioistuimelle esitettyjä faktoja toisiaan tukevien todistajankertomusten ohella. Mutta sellaista legitimiä ei-nolla-arvoista a priori -todennäköisyyttä ei olisi käsillä, ei korroboraationkaan kohdalla, missä ainoa näyttö olisivat kaksi vastavuoroisesti toisiaan tukevaa todistajaa. Lisäksi tämä pakotie ei olisi lainkaan käytettävissä yhteisvaikuttamisen suhteen. Yhteisvaikutuksen täydelliseksi avaamiseksi tarvitsee yhdistää kaikki todisteet, jotka lisäävät halutun johtopäätöksen todennäköisyyttä. Ei ole luvallista valita yksi todiste määräämään peruspiste, tai a priori -todennäköisyys, johon viittaamalla muiden todisteiden todennäköisyyttä nostavat kapasiteetit arvioitaisiin. Ei myöskään ole olemassa tunnettuja menetelmiä, joilla syyttäjä tai puolustaja voisi justifioida, tai juryt voisivat arvioida, yhden todisteen valitsemisen toista paremmaksi tähän tarkoitukseen. Ja kuitenkin yhden sellaisen peruspisteen valinta toisen sijasta vaikuttaisi usein siihen korroboraation tai yhteisvaikutuksen laajuuteen, joka saavutetaan yhdistetyllä a posteriori -näytöllä.”¹⁴²

Cohenin toisena esittämä pakotie torjuntointeen liittyy suoranaisesti syyttömyysolettamaan. Tämä matemaatikon pakotie olisi Cohenin mukaan ”väittää – huolimatta ilmeisestä paradoksista – että normaali syyttömyysolettama on täysin yhteensopiva sen kanssa, että oletetaan hyvin pieni a priori -syyllisyyden todennäköisyys, joka on yhdenmukaista jokaiselle. Rikos on tehty, ja voidaan

1142 Cohen 1977, s. 109.

sanoa, että joku on syyllinen, ja ennen faktojen pohdintaa juryn täytyy antaa yhtäläiset todennäköisyydet jokaiselle.”¹¹⁴³ Cohen vastaa tähän seuraavasti: ¹¹⁴⁴

”Ei ole kovinkaan hyödyllistä tiuskaista vastaukseksi, että tämä saa lainkuuliaisien kansalaisen lähtemään matkaan samalla handicapilla kuin taparikollinen. Sellaisella kansalaisella on aina oikeus tuoda näyttöä hyvästä luonteestaan kumotakseen handicapinsa.¹¹⁴⁵ Tällä matemaatikon pakotiellä tulee kuitenkin vastaan vakava vaikeus. Miten syyllisyyden a priori -todennäköisyys tulee laskea? Määrääkö sen annettujen tuomioiden suhde esitettyihin syytteisiin? Luoko pelkkä ihmisen esiintyminen syytetyn penkillä vaikkapa 0.6 todennäköisyyden syyllisyydestä, ennen kuin mitään näyttöä on arvioitu? Mutta tämä ei missään tapauksessa sopisi yhteen normaalin syyttömyysolettaman kanssa.¹¹⁴⁶ Se myös tarkoittaisi käytännössä sitä, että sama näyttö sallittaisiin ottaa huomioon kahdesti samaa ihmistä vastaan. Ensinnä, se saisi poliisin syyttämään häntä (tai grand juryn nostamaan syytteen, tai maistraatin kutsumaan hänet oikeuden eteen), häntä vastaan oleva näyttö loisi a priori -todennäköisyyden syyllisyydestä hänen oikeudenkäynnissään; ja toiseksi, näyttö otettaisiin taas kaikkineen huomioon määrättäessä hänen syyllisyytensä a posteriori -todennäköisyyttä oikeudenkäynnissä. Kaksinkertaisen vaaran muoto sisältyisi jokaiseen rikosoikeudenkäyntiin.”

Cohen jatkaa sopivan referenssiluokan etsintää sokraattisella metodilla: ¹¹⁴⁷

1143 Tätä ”pakotietä” pohdiskelee Dahlman 2018, s. 127 – 128, kun hän kysyy, mikä alkuperäistodennäköisyys olisi, jos se määrättäisiin kaavamaisesti: olisiko se 1, 0,1 tai ehkä 0.01 prosenttia. Dahlman katsoo ongelman oikeuspoliittiseksi eikä sen vuoksi suosita mitään lukuarvoa kirjassaan. Hän sanoo kuitenkin, että luvusta voisi olla kategorisen (eli kaikille yhteisen) arvon ohella poikkeuksia, joiden tekemiseen olisi ”hyviä syitä”. Käsittääkseni hän jättää kuitenkin tämän(kin) alkuperäistodennäköisyyden määrittelyehdotuksen kohdalla auki, mitä hän itse oikeastaan kannattaa – olennaista on vain, että alkuperäistodennäköisyyttä ei saa ”laiminlyödä”, koska tällöin ilmenisi base rate fallacy, mt. s. 128 – 132. Perusteluina väitteelleen hän viittaa eräisiin psykologisiin tutkimuksiin (Kahnemanin ja Tverskyn Tom W:n opintosuunnan arvaaminen, sveitsiäistuomarien erehtymisalttius ja oma oikeustieteen opiskelijoilla tehty tutkimus). Kaikissa tutkittiin sitä, miten alkuperäistodennäköisyyden laiminlyönti vaikutti todennäköisyysarvioon. Nähdäkseni tässä on se perusongelma, että otetaan *presumptioksi* ulkopuolelta tulevan tilastollisen alkuperäistodennäköisyyden merkittävyys, relevanssi ja sen sallittuus. Jos se sallitaan, on luonnollista, että sillä on vaikutusta. Sopivilla lähtöarvoilla vaikutusta saadaan varmuudella, ja kysymys on enää siitä, miten suuri tuo vaikutus on. – Tosin Dahlmanin itse tekemä opiskelijatutkimus mittasi oman käsitykseni mukaan enemmänkin opiskelijoiden ”pikkunokkeluutta”: alkuperäistodennäköisyys koostui siitä, että valkoisia autoja on enemmän kuin keltaisia, ja tämä opiskelijoiden olisi pitänyt ”hoksata”.

1144 Cohen 1977, s. 109 – 110.

1145 Ihan näin helposti tätäkään argumenttia ei voitane sivuuttaa, koska se merkitsisi todistustaakan sijoittamista syytetyille. Tätä Cohen ei tässä yhteydessä ehkä ole huomannut. Sitä paitsi USA:ssa on todistelusaanto, että joskin luonnetodistelu on syyttäjältä yleensä kielletty, se muuttuu sallituksi, jos syytetty itse ottaa luonteensa näytön kohteeksi: Laudan 2006, s. 139 – 140. Englannissa taas syytetyn (pahaa) luonnetta koskeva todistelu on sallittu lukuisissa tilanteissa: Criminal Justice Act 2003, 101 §; Keane & McKeown 2016, s. 513 – 515.; Murphy 2005, s. 116 – 117.

1146 Cohen 1977, s. 110 viittaa alaviitteessä 9 Thayerin teokseen vuodelta 1898. Hiukan tuoreempaakin viiteaineistoa saman kannan tueksi jo nyt löytyy; esimerkiksi Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 192, Laudan 2006, s. 104 ja Dahlman 2018, s. 115.

1147 Cohen 1977, s. 110. Tulkitseen hänen ad absurdum menevän esityksensä sisältävän jossain määrin parodiaa. Dahlman 2018, s. 117 – 126 esittää samantapaisia kysymyksiä käsitellessään määrätymisperusteina niin

”Pitäisikö ehkä sen sijaan a priori -todennäköisyydet jakaa tasaisesti kaikkien niiden kesken, jotka asuvat saman oikeusjärjestelmän alaisuudessa? Vai olisiko sen asemesta reilumpaa jakaa ne vain niiden kesken, jotka ovat jo rikosvastuun edellyttämässä iässä? Mutta onko kovin paljon vaikeampaa todistaa Man-saaren asukas syylliseksi, koska heitä on niin vähän? Eivätkö muista oikeusjärjestelmistä tulevat satunnaiset kävijät tee osaa rikoksista? Täytyykö juryn odottaa tuntevan ajankohdan turismitilastot? Onko todella helpompaa todistaa ihminen syylliseksi turistikauden huippuvaiheessa, koska väkimäärä on paisunut ja a priori -todennäköisyydet ovat vastaavasti alentuneet? Mikä vielä pahempaa, joskus käy ilmi ettei rikosta ollut lainkaan tapahtunut. Ehkä menestyy syytetyn väite siitä, että väitetyn uhrin kuolema johtui todellisuudessa luonnollisista syistä tai että varastetuksi väitetty omaisuus oli todellisuudessa hänen omaansa. Niinpä esimerkiksi taposta syytetyn syyllisyyden a priori -todennäköisyys on aina vain vaikeampaa laskea tyydyttävästi. Se täytyy yhdistellä yhdestä lukuarvosta, joka koskee sen a priori -todennäköisyyttä, ettei tappoa lainkaan ollut, ja toisesta lukuarvosta, joka koskee sen seikan a priori -todennäköisyyttä, että jos oli rikos, kuka tahansa on syyllinen siihen. Kumpaa tietä edetäänkin, absurдитеetteja vilisee”, toteaa Cohen.

Kolmas matemaatikon pakotie on Cohenin mukaan väittää, että ”kaikkean juridisen näytön analyysiin täytyy jurylle saada liittää jonkinlaista taustatietoa tai oletuksia, joiden pohjalta se harkitsee esitettyjen päätelmien todennäköisyyttä sille esitetyn näytön perusteella. Voidaan kysyä, eikö tämä yleisen taustauskomusten tai olettamusten kokonaisuus tarjoa puitteet, joissa a priori -todennäköisyyksiä voidaan arvioida aivan legitiimisti?” Cohen kumoaa tämän käyttäen esimerkkiä.¹¹⁴⁸ Näyttötuomarin täytyy luonnollisesti arvioida johtopäätöksensä todennäköisyyttä näytön pohjalta vaatimatta enempää todistelua

todistusteeman tavanomaisuutta alkuperäistodennäköisyyden määräytymisperusteena (Franklinin metodi) kuin syytetyn henkilön määrittämistä alkuperäistodennäköisyyden avulla (hänen terminologiassaan 1/N -kysymys). Dahlman suhtautuu molempiin torjuvasti (s. 127). Hän ei käytä Cohenia lähteenään, mutta mainitsee s. 117 – 118 mm. Bender-Nack-Treuerin 2005 s. 161 (2007 = s. 169, kohta 656 ja 657, ks. myös s. 155 - 158). Nämä esittävät metodia, että alkuperäistodennäköisyyttä arvioitaessa ”solle man im Zweifel lieber weit aus-holen, um den Kreis der möglichen Alternativen bzw. Tatverdächtigen nicht zu früh einzuengen”. Pohdinta voi johtaa siihen, että tekijöitä voivat teoriassa olla ”alle Einwohner der Bundesrepublik, alle männliche Einwohner einer Großstadt, alle Autofahrer usw.” Dahlman pitää metodia ongelmallisena monella tavalla (mikä on samanlainen tilanne? mikä on sellaisen käytöksen todennäköisyys, kun syytetty on väkivallalla pakottanut avopuolisonsa yhdyntään?). – Myös Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 103 – 104 kiinnittävät huomiota referenssiryhmän valinnan vaikeuteen. – Mitä tulee Bender – Nack – Treueriin, ohje tuntuisi sopivan pikemminkin esitutkinnan suuntaamiseen ja rajoittamiseen kuin tuomioistuinten todistusharkintaan.

1148 Cohen 1977, s. 111. Esimerkissä syytetty on miespuolinen ja todistaja kertoo rikoksenteikijän olleen miespuolinen. Ongelma on siinä, että tämän todistajankertomuksen langettava voima, jos se tulkitaan syyllisen mies-sukupuolen matemaattista todennäköisyyttä osoittavaksi, ei riippuisi sen seikan a priori -todennäköisyydestä, että kuka tahansa henkilö on mies, vaan sen seikan a priori -todennäköisyydestä, että juuri tuontyyppisen rikoksen tehnyt henkilö on miespuolinen. Ja viimeksi mainittu on tilastoihin perustuva todennäköisyys, josta juryt tuskin ovat oikeutettuja muodostamaan toteennäyttämättömiä uskomuksia tai tekemään toteennäyttämättömiä oletuksia. Miesten lukumäärän suhde naisten lukumäärään ihmispopulaatiossa vaihtelee myös ajan ja paikan mukaan.

harkintakriteerinsä toteennäyttämiseen. ”Muuten kierrettäisiin loputtomassa kehässä. Mutta mitä taustatietoa tai -oletuksia hän tässä valitseekin, sen täytyy olla melko yleislaatuista ja hänen kulttuurissaan yleisesti hyväksyttyä. Se ei saa olla tiettyihin juttuihin sidottua tai olla millään tavoin vaikeatajuista tai ristiriitaista”, Cohen toteaa.¹¹⁴⁹

Cohen käsittelee vielä vähättelyn pakotietä:

”Ehkä voidaan sanoa, että nämä a priori -todennäköisyyden laskennan ongelmat eivät ole tärkeitä. Matemaatikko saattaa sanoa, että yleinen a priori -todennäköisyys syyllisyydestä on joka tapauksessa niin pieni, että sen tarkkaa suuruutta ei tarvitse laskea; se voi olla niin pieni kuin halutaan, kunhan se on suurempi kuin nolla. Mutta aivan sellainen pienikin todennäköisyys luo olettamuksen, että syytettyä ei arvioida yksinomaan oikeudelle esitettyjen faktojen perusteella. Huomioon otetaan muitakin seikkoja, jotka liittyvät todellisten rikosten ja oletettujen rikosten sekä tietyn populaation koon suhteeseen. Matemaatikon teoria johtaa oikeudelliseen paradoksiin, ettei olisi mitenkään lähtökohtaisesti sopimatonta, että tuomari opastaa juryä pitämään mielessä nämä kriminologiset ja demografiset seikat, kun se arvioi korroboraation tai yhteisvaikutuksen astetta, vaikka *ex hypotheses* mitään näyttöä niistä ei oikeudelle esitetä eikä niitä sen paremmin muodollisesti sallita tai judisiaalisesti noteerata. Mutta sellainen ohjaus olisi tosiaan hyvin sopimatonta.¹¹⁵⁰ Adversariaalisessa prosessijärjestelmässä luonnollinen oikeudenmukaisuus edellyttää, että molemmilla asianosaisilla on yhdenvertainen mahdollisuus näyttää toteen väitteensä ja kuulustella vastapuolen todistajaa: *audi et alteram partem*. Jokaisen juryn huomioonotettavan faktan täytyy siis olla avoimesti ja kiistettävästi esitettyä oikeudelle: asiantuntijatodistelun täytyy tukea tilastollisia väitteitä.”¹¹⁵¹

7.1.3.7.5 Lähteekö syyttäjä etumatkalta, nollatilanteesta vai takamatkalta? Omia arviointeja

Näyttökynnystä koskevassa jaksossa avasin provokatiivisenkin kysymyksenasettelun siitä, miten rikosjutun todistelun lähtöpiste *tuomioistuimen* harkinnan asteikolla kuvataan. Kuvaamiseen soveltuu kaksisuuntainen asteikko 1 – 0 – 1. Totesin oikeuskirjallisuudessa esitettävän useita erilaisia versioita. Ensinnäkin voidaan kannattaa (positiivisen) alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottamista, mikä merkitsisi, että syyttäjä saa tuon todennäköisyyden verran etumatkaa. Toinen vaihtoehto jakaantuu kahtia: joko lähdetään yksisuuntaisella 1 – 0

¹¹⁴⁹ Cohen 1977, s. 111.

¹¹⁵⁰ Cohen 1977, s. 112 alaviitteessä 10: kaikki on todistein näytettävä toteen ja (laillisissa) presumtioissakin on näytettävä toteen presumoiva l. presumption pohjana oleva fakta (basic fact). Cohenin idea tässä on sanoa, ettei presumoivaankaan faktaan sisälly a priori -todennäköisyyttä. Cohenin mielestä tällaisia presumtioita on ”suhteellisen vähän”, ja ainakin yksi niistä eli syyttömyysolettama näyttää pikemmin sulkevan pois kuin suosivan positiivista syyllisyyden a priori -todennäköisyyttä.

¹¹⁵¹ Cohen 1977, s. 111 – 113.

asteikolla syyllisyyden/syyttömyyden ”neutraaliksi” nimitetystä lähtöpisteestä 0.5/0.5, tai sitten voidaan kaksisuuntaisella asteikolla katsoa, että lähtökohdan tulee olla nollassa (”nollahypoteesi”). Vielä on tuotu esiin, että syytteen todennäköisyyttä alussa tulisi pitää (kaksisuuntaisella asteikolla kuvattavasti) negatiivisena, jolloin syyttäjä siis lähtisi ”takamatkalta”. Olennaisena taustavaikuttajana omaksutuille kannanotoille on mielestäni syyttömyysolettama – suhtautuminen siihen ylipäättään ja siihen, kuinka suuri merkitys sille annetaan. Jäljempänä tätä koskevassa kirjallisuuskatsauksessani edellä mainitut näkökannat esiintyvät.

Kysymys on saatettu liittää siihen, miten tuomioistuimen *puolueettomuus* (tai *objektiivisuus*) mielletään tai tulisi mieltää. ”Nollahypoteesin” on katsottu kuvaavan parhaiten puolueettomuutta. Itse en kytkisi keskustelua rikosprosessin kannalta puolueettomuusvaatimukseen lainkaan, vaan lähtisin siitä, että syyttömyysolettaman ja sen osatekijöiden tai siihen liittyvien periaatteiden, kuten favor defensionis -periaatteen, voimassa ollessa tuomioistuin *ei* ole ratkaisutoiminnassaan *kaikilta osin* puolueeton, eikä oikeusjärjestys sitä edellytä. Jo siviili- ja rikosprosessin erilaiset näyttökynnykset osoittavat tämän konkreettisesti. Syytetyn suosimisesta huolimatta myös *objektiivisuutta* noudatetaan totuuden etsinnässä: todistusharkinta on ja sen tuleekin olla episteemisenä työtehtävänä neutraalia: todistajan uskottavuutta arvioidaan samalla tavalla, DNA:n löytymisen frekvenssi on sama prosessilajista riippumatta. Kertomuksen todistusvoiman itseisarvo voi olla prosessilajista riippumatta sama, mutta suhteessa lopputulokseen sen merkitys muodostuu kynnyksestä johtuen (mahdollisesti) erilaiseksi.

Edellä hahmoteltu kysymys on pohjimmiltaan oikeuspoliittinen. Erityisempää oikeuspolitiikkaa ei sen sijaan sisältyne sen tilanteen tulkintaan, jossa syyttäjä on syytteen alkuperäisen epätodennäköisyyden johdosta takamatkalla. Lähes aina alkuperäistodennäköisyyttä käsitellään oikeuskirjallisuudessa tekijänä, joka *lisää* konkreettisen jutun oikeudenkäynnissä seikan, kanteen tai syytteen todennäköisyyttä – tai oikeastaan on jo lisännyt sitä ennen todistelun alkamista. Huomion kiinnittäminen lisäämiseen tällä tavoin on sikäli ymmärrettävää, että matemaattiset todistusharkintateoriat tarvitsevat positiivisen ”lähtölaukauksen” soveltuakseen käyttöön. Reaalimaailmassa alkuperäistodennäköisyys voi kuitenkin prosessinkin tasolla vaikuttaa molempiin suuntiin: se voi sekä lisätä että vähentää kanteessa tai syytteessä olevan väitteen todennäköisyyttä. Usein alkuperäistodennäköisyyttä pohditaan esimerkiksi rikosjutussa syytetyn oikeusturvan kannalta, syyttömyysolettamalle vastakkaisena ja tällöin syytteen todennäköisyyttä lisäävänä, ja näin asia valtaosassa tilanteita lieneekin. Toisinkin voi kuitenkin olla; alkuperäinen epätodennäköisyys voi olla puhtaasti episteeminen ilmiö.

Damaška puhuu hiukan verhotuin sanoin, mutta tulkitsen häntä niin, että asiantuntijuuden roolin voimistumisen ja lähinnä syytetyn suosimisen välillä on jännitettä. Hän piti ehkä silmällä ennen muuta Yhdysvaltain tilannetta.

Kuten pohjoismaissakin esiintyvät puheenvuorot osoittavat, tämä jännite ei kenties enää ole muuallakaan niin piilevää kuin oli Damaškan kirjoituksen aikaan vuonna 1995.

Nähdäkseni Edelstamin antama myönnytys tilastollisen tutkimuksen asettamisesta tueksi alkuperäistodennäköisyyden sallittavuudelle on kuitenkin astumista kaltevalle pinnalle: syytetty katsotaan osittain jo syylliseksi sen perusteella, mitä muut ovat tehneet. Se, että tällaista tilastoa käsiteltäisiin tässä todistelun muodoin,¹¹⁵² on kaunis ele, mutta asia on lähtökohtaisesti väärä.

7.1.3.7.6 Rikosrekisterin ongelma

Rikosrekisterin ongelma sivuaa edellisessä kohdassa käsiteltyä alkuperäistodennäköisyyden noteeraamista ja huomioon ottamista todistusharkinnassa. Erona on se, että nyt kysymys on henkilöä spesifisesti koskevasta tiedosta, ei jonkinlaiseen referenssiryhmään liitetystä frekvenssistä. ”Päätelyssä” käytetty kokemuslause on kuitenkin samantyyppinen. On luonnollista ja usein myös seuraamusjärjestelmän edellyttämää, että rikosrekisteri otetaan huomioon rangaistusta mitattaessa. Se, miltä osin syytetyn aikaisempi rikollisuus voidaan ottaa näyttönä huomioon *syyksilukemisen* kohdalla, on universaalinen kysymys, johon oikeusjärjestelmät vastaavat vaihtelevasti.

Jos syytetyllä on pitkä rikosrekisteri samankaltaisia rikoksia, luoko se jonkinlaisen alkuperäistodennäköisyyden sille, että hän on tehnyt myös nyt esillä olevan teon? Miten se saadaan ottaa tai otetaan huomioon?¹¹⁵³

Klami on käsitellyt rikosrekisterin huomioon ottamisen sallittavuutta syyksilukemiskysymyksen arvioinnissa. Myös hän on viitannut alkuperäistodennäköisyyden ongelmaan ja siihen liittyen referenssipopulaation ongelmaan ja todennut, ettei lähtökohtana voida pitää arviota, että rikokset ovat yleisempiä aikaisemmin rangaistujen henkilöiden keskuudessa.¹¹⁵⁴ Eri asemassa voivat olla syytetyn aikaisemmat rikokset, joiden riittävä toistuvuus tai täsmälleen samanlainen tekotapa osoittaa yhteyttä uusiin rikoksiin. Klami katsoo, että tällöinkin noiden aikaisempien rikosten rooli on toimia vain aputositseikkoina syytetyn oman kertomuksen luotettavuuden arvioimisessa; todistustositseikkoja ne eivät ole.¹¹⁵⁵

¹¹⁵² Jää epäselväksi, miksi tällaista propositiota pitäisi silloin edes nimittää alkuperäistodennäköisyydeksi.

¹¹⁵³ Ks. Anderssonin 2017, s. 176 – 179, esimerkkiä siitä, miten voimakkaasti todistusharkintaan voi vaikuttaa, jos alkuperäistodennäköisyydelle annetaan suuri painoarvo. Kysymys oli siitä, että nainen oli murhattu. Esillä oli kaksi seikkaa: mies oli aiemmin pahoinpidellyt vaimoaan, mille annettiin todistusarvo 0.7, ja alkuperäistodennäköisyydelle siitä, että naisen tappaneella miehellä on yleensä suhde uuhriin, annettiin arvo 0.5. Näillä kahdella seikalla päästiin todennäköisyyteen 87,5/100 siitä, että mies oli murhaaja. Andersson, joka esittää esimerkin syytä epäillä -pakkokeinoedellytyksen yhteydessä, ei itsekään kelpuuta lopputulosta edes pakkokeinon perusteeksi, vaan muuta näyttöä tarvittaisiin. – Rikosrekisterikysymystä käsittelee myös Liljenfeldt 2001, s. 815.

¹¹⁵⁴ Klami 1991, s. 294 – 295. Ks. myös Murphy 2005, s.116.

¹¹⁵⁵ Klami 1991, s. 296 – 298. Klami tekee tässä kuitenkin pienen varauksen: ”Jos *erittäin läheinen* konkreettinen yhteys on olemassa, aikaisemmat rikokset voidaan *ehkä* tulkita todistusfaktoiksi, mutta niin ei tarvitse oikeastaan menetellä, eikä se olisi perusteltuakaan.” Kursivointi Klamin.

Edelstam katsoo, että *syllisyyskysymyksen* arvioimisessa on aihetta olla erittäin varovainen siinä, antaako rikosrekisterille merkitystä: rikollisen menneisyyden ei tule saada vaikuttaa todistusharkintaan *syllisyyskysymyksessä*. Poikkeuksena hänkin mainitsee kuitenkin modus operandin erityislaatuisuuden toistamisen.¹¹⁵⁶

KKO käsittelee ennakkopäätöksessään KKO 2019:2 syytetyn aikaisempaa rikollisuutta *näyttönä* *syllisyys*destä analyttisesti juuri tekojen laadun samankaltaisuuden kannalta.

22. Korkein oikeus on aikaisemmassa oikeuskäytännössään katsonut, että rikosasian vastaajan *syllistymisellä* muihin rikoksiin ei ole yleensä merkitystä harkittaessa, onko vastaaja *syllistynyt* syytteessä väitettyyn rikokseen. Kuitenkin jos vastaajan syyksi aikaisemmin luetuilla rikoksilla ja hänen tekemäkseen väitetyllä rikoksella on esimerkiksi samanlainen tekotapa ja muita yhdistäviä piirteitä, aikaisemmalla tuomiolla voi olla vaikutusta myöhemmän rikoksen näytön arvioinnissa (KKO 2017:12, kohta 12 ja KKO 2017:93, kohta 11).

23. Korkein oikeus toteaa, että edellytyksenä muiden rikostuomioiden todistusvaikutukselle todistusharkinnassa on, että niillä voidaan osoittaa olevan syytteessä väitettyyn rikokseen kokemussääntöihin perustuva selvä yhteys, joka voi olla syytetä tukeva tai sitä vastaan puhuva. Rikos- ja todistusoikeuden keskeisistä lähtökohdista ja viime kädessä ihmisten yhdenvertaisuudesta lain edessä seuraa, ettei rikoksesta epäillyn muille rikoksille voida antaa muuta merkitystä harkittaessa, onko hänen näytetty *syllistyneen* syytteenalaiseen tekoon.

24. Monista seikoista, kuten esimerkiksi asian laadusta, riippuu, minkälainen todistusvaikutus aikaisemmalla tuomiolla voi olla toisessa oikeudenkäynnissä. Kun kysymys on huumausaineen tilaamisesta vastaajan osoitteeseen, vastaajan aikaisemmat tuomiot, jotka osoittavat hänen käyttäneen samanlaista huumausainetta kuin tilatussa erässä, voivat lisätä syytteenalaisen teon todennäköisyyttä esimerkiksi verrattaessa tapaukseen, jossa vastaajalla ei ole mitään aikaisempaa yhteyttä huumausaineisiin. Toisaalta syytetyn pitkäaikainen huumausaineiden käyttö voi tarkoittaa sitä, että hänellä on yhteyksiä sellaisiin henkilöihin, joilla on intressi tilata huumausainetta toisen henkilön nimellä ja osoitteella, mikä puolestaan lähtökohdaisesti lisää myös syytteelle vaihtoehtoisen tapahtumainkulun todennäköisyyttä. Rikostuomioiden mahdollinen todistusvaikutus muissa rikosasioissa tuleekin arvioida erityisellä huolellisuudella ja varovaisuudella.”

1156 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 191 – 192.

On nähdäkseni epärealistista sanoa, että kuvatussa tilanteessa ei minkäänlaista tosiasiallista todennäköisyyttä lainkaan olisi olemassa. Todennäköisyyden määrä riippuu kuitenkin faktisesti aiempien rikosten laadusta. Se, että henkilö on aiemmin kymmenien vuosien ajan syylistynyt pienehköihin omaisuusrikoksiin, ei luo todennäköisyyttä sille, että hän olisi tehnyt henkirikoksen. Pikemminkin se voi jossain tilanteessa tehdä syylistymisen epätodennäköisemmäksi kuin ”keskivertokansalaisen” kohdalla, jos tällaista ajatellaan jonkinlaisena todennäköisyyden nollapisteenä.

Missä määrin tällainen todennäköisyys *saadaan* tai *tulee ottaa* huomioon? Tämä on oikeuspoliittinen kysymys ja usein juuri kansalaisten muodolliseen tasa-arvoon lain edessä viittaamalla halutaan kieltää tällainen huomioon ottaminen kokonaan. Jos se otettaisiin huomioon todella *alkuperäistodennäköisyytenä*, äärimmilleen vietyinä sen korkean arvon huomioon ottaminen taas johtaisi siihen, että henkilöä pidettäisiin syyllisenä, jos vain eräät ulkoiset elementit täsmäävät, ilman mitään kyseiseen tapaukseen liittyvää erityistä näyttöä. Tällainen oikeudenhoito olisi jyrkässä ristiriidassa rikosoikeuden johtavien periaatteiden, ennen muuta syyttömyysolettaman ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen, kanssa. Esimerkiksi Englannissa ja USA:ssa henkilön rikosrekisteritietoja ei ilmaista *jurylle* lainkaan tämän päättäessä syyksilukemisesta, jotta tiedoilla ei olisi vaikutusta syyksilukemiseen.

Miten sitten asia on Suomessa? Rikosrekisteritiedot ovat tuomarilla käsillä¹¹⁵⁷ käsittelyn alusta lähtien. Lähtökohtana voidaan pitää, ettei rikosrekisteritiedoilla ole vaikutusta syylistymisen alkuperäistodennäköisyyttä nostavana tekijänä. On mahdotonta sanoa, missä määrin rikosrekisteri saattaa alitajuisesti vaikuttaa, mutta ainakin omien havaintojeni mukaan tällainen mahdollisuus suljetaan tietoisesti pois. Syyksilukemista ei juurikaan perustella aikaisempaan rikollisuuteen viittaamalla. Toinen asia on, että rekisteristä ilmenevien rikosten *erityislaatu* voi, kuten kirjoittajat huomauttavat, faktisesti antaa hänen tekijäntoimestaan kuvan, joka saattaa edellä mainitulla tavalla nostaa tai laskea syylistymisen todennäköisyyttä.¹¹⁵⁸ Tällöin aikaisemman rikollisuuden laadun tulee mielestäni olla kuitenkin *näyttöä* syyllisyyden tueksi (tai sitä vastaan), ei alkuperäistodennäköisyyttä. Tälläkään näkökohdalla ei hylkäävää syyksilukemismisratkaisua liene kuitenkaan osaksikaan perusteltu tai alkuperäistodennäköisyyden negatiivinen vaikutus uppoaa yleiseen näyttämättä jäämiseen.

Kuten edellä olevasta KKO:n ennakkopäätöksestä käy ilmi, myös oikeuskäytännössä rikoksen erityinen, toistuva modus operandi voi käydä todistusteemasta. Pelkkä rikosrekisteri ei kuitenkaan kuvaa aikaisempien rikosten tekotavan

1157 Samoin Ruotsissa ote rikosrekisteristä (belastningsregister) on säännöllisesti käsillä; Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 191.

1158 Entisen ja nyt esillä olevan rikollisuuden ”silmiinpistävä samankaltaisuus” (”striking similarity”) näyttää olevan yleisesti mielletty mahdollisesti relevantiksi tekijäksi; Ks. Murphy 2005, s. 116.

erityispiirteitä. Toisaalta samankaltaisuus voi ilmetä saman jutun sisälläkin. Siten tilanteessa, jossa henkilön näytetään tehneen samaan ajalliseen ja paikalliseen tekosarjaan kuuluvat teot, esimerkiksi saman kadun varrelle pysäköityihin autoihin kohdistuneet murtautumiset ja tällöin tehdyt anastukset tai niiden yritykset R1-4 ja R6-8, voi tulla pohdittavaksi hänen syylistymisensä välissä olleeseen autoon kohdistuneeseen tekoon R5, josta näyttö on heikkoa tai lähes olematonta. Vaikuttaako R5:n syyksilukemiseen tuon ketjun ensimmäisen ja viimeisen sarjan R5:lle luoma todennäköisyys – sillä tällaisen ”varjon” nuo kaksi sarjaa epäilemättä heittävät? Tällöinkään ei siis pelkän todennäköisyyden varassa syylistymistä voida katsoa toteennäytetyksi.¹¹⁵⁹

Oma ratkaisuni kysymykseen näkyy osittain jo edeltä. Voi kysyä, miksi tällaista *modus operandi* -todennäköisyyttä ylipäättään pitäisi nimittää alkuperäistodennäköisyydeksi. Aiemman rikollisuuden samankaltaisuuden tulee joka tapauksessa tulla esille jo kontradiktorisuuden vuoksi, jos syyttäjä edellyttää sen käyttämistä argumenttina syyksilukemisen tueksi. Se voi tapahtua rikosrekisterin päivityksen yhteydessä; syytetty tuntee kyllä omat aiemmat rikollisuutensa, mutta hän ei välttämättä tiedä, että sitä aiotaan nyt käyttää myös syyksilukemisen, ei pelkästään rangaistuksen määräämisen yhteydessä. Kysymys on joka tapauksessa yhdestä syytetystä ja hänen asiansa yksityiskohdista, ei notorisesta kokemussäännöstä,¹¹⁶⁰ joten rikosten samankaltaisuuden huomioonoton tulisi tästäkin syystä tapahtua todistelun muodoin. Jos kysymys on ollut lievennistä teoista, kontradiktorisuuden tarve on sitäkin ilmeisempi.

7.1.3.7.7 Onko alkuperäistodennäköisyyden poissulkemisesta tai sivuuttamisesta haittaa?

Kirjallisuudessa suhtaudutaan alkuperäistodennäköisyyteen toisinaan jonkinlaisena itsestäänselvyytenä, toisinaan ilmiönä, jonka huomiotta jättämisestä todistusharkinnassa on ainakin haittaa ja vaaraa. Niinpä esimerkiksi Lars Holmgård väittää:

”Det är det alltför förenklat synsätt att kategoriskt hävda att ursprungssannolikheten inte har någon betydelse vid bevisprövningen och att man endast ska ta hänsyn till konkreta bevis som talar för gärningsmannens skuld. Störst betydelse får ursprungssannolikheten vid bedömningen av om det kan finnas alternativa gärningsmän.

¹¹⁵⁹ Tämänkaltaisen asetelma oli kysymyksessä eräässä Vaasan HO:ssa ratkaistussa jutussa, jossa olin mukana. KO oli perustellut syylistymistä R2:een muun ohella saman tekosarjan tekoihin R1 ja R3 syylistymiseen viitaten; muuna näyttönä oli kanssasyytetyn kertomus, jonka langettavaa versiota KO piti uskottavana. HO:n pääkäsitellyssä syytetyn avustaja osoitti kuitenkin, ettei aikajärjestys ollutkaan varma, vaan että teot olivat saattaneet tapahtua myös järjestyksessä R1, R3 ja R2. Tämä vei pohjaa ”sarja-argumentilta”. Kanssasyytetyn horjuva kertomus ei riittänyt tässä tilanteessa enää näytöksi syyllisyydestä, joten syyte R2:sta hylättiin. – Joskus kuitenkin tekotapa, erityisesti jos siinä on ”tavallisuudesta” poikkeavia mutta nyt esillä olevia tekoja yhdistäviä piirteitä, saattaisi tällaisessa tilanteessa osoittautua vahvaksi näytöksi.

¹¹⁶⁰ Jos kysymyksestä yrittää rakentaa kokemussääntöä, taustaoletukset saattavat osoittautua hyvin hatariksi.

Ett vanligt misstag är att rätten vid värderingen av bevisningen inte tar hänsyn till ursprungssannolikheten för respektive bevis.”¹¹⁶¹

Lienee riidatonta, että alkuperäistodennäköisyydellä on ”jokin vaikutus” todistusharkintaan – silloin kun sen annetaan vaikuttaa. Eri asia on, tulisiko sen antaa vaikuttaa. Holmgård esittää itse tässä yhteydessä aution saaren tapauksen NJA 1991 s. 56. Hän tarkoittanee, että alkuperäistodennäköisyys merkitsi jutun tilanteessa hypoteesia siitä, että saarella saattoi olla joku muukin uhrin ja surmaamisesta syytetyn lisäksi.

Mahdollisiin haitallisiin seurauksiin, joita voi syntyä jätettäessä todistusharkinnassa alkuperäistodennäköisyys huomiotta, ovat kiinnittäneet huomiota erityisesti Klami – Gräns – Sorvettula ja Huovila sekä laajemmin Dahlman, joka kuuluu alkuperäistodennäköisyyden tärkeyttä korostaviin kirjoittajiin.

Klami – Gräns – Sorvettula esittävät, että väärän ratkaisun aiheuttama haitalla ja alkuperäistodennäköisyyden määrällä on keskinäinen riippuvuus: samassa suhteessa kuin väärän ratkaisun haitta kasvaa, kasvaa myös ratkaisun alkuperäinen epätodennäköisyys. Yleisellä tasolla tämä toimii niin, että ratkaisujen paikkansapitävyys on yksi päämääristä, ja se vaarantuu sitä enemmän, mitä enemmän ratkaisuja epävarmuustilanteissa tehdään vastoin yleistä elämäkokemusta. Myös konkreettisella tasolla pitää kirjoittajien mukaan paikkansa, että haitta on sitä suurempi, mitä enemmän konkreettisia vääriä ratkaisuja tehdään alkuperäistodennäköisyyttä vastaan. Kirjoittajat viittaavat todella oikeassa olevan asianosaisen odotuksiin ja siihen näkemykseen, että vastoin alkuperäistodennäköisyyttä tehty epäilyttävä ratkaisu tuntuu niin epäoikeudenmukaiselta, että se jopa vaarantaa tuomioistuimen yleisen luotettavuuden. Lisäksi alkuperäistodennäköisyys edustaa sellaisia vakaus - > legitimitetti -oletuksia kuin ”olemassa olevaa status quo’ta on pidettävä laillisena, ellei muuta todisteta”.¹¹⁶²

Huovila katsoo edellä sanottuun tilanteeseen liittyen, että väärään tuomioon liittyvää tavanomaista suurempi epäoikeudenmukaisuuden tuntu on siinä yhteydessä ihmisarvoon ja yhdenvertaisuuteen. ”Kun väärä tuomio menee todennäköisemmän vaihtoehdon mukaisesti, väärälle ratkaisulle on olemassa helposti havaittava, hävinneen asianosaisen henkilöstä riippumaton, ulkopuolinen

¹¹⁶¹ Holmgård 2019, s. 56. Vrt. kuitenkin, että Holmgård s. 57 huomauttaa olevan ”självklart” virhe, että jo syytettynä olemisen katsottaisiin lisäävän syytetyn syyllisyyttä; s. 146 – 147 hän antaa ymmärtää, että jos tuomari on ennen istuntoa hankkinut erityistietoja joistakin jutussa eteen tulevista ilmiöistä ja tiedot tulevat ajankohtaisiksi, näistä tiedoista on tehtävä selkoa asianosaisille. Molemmat kannanotot ovat mielestäni aivan oikeita. Jälkimmäisessä tilanteessa ei tiedottamisen jälkeen ole enää kysymys alkuperäistodennäköisyydestä. – Jos taas näyttötuomari istunnon päätyttyä erehtyy esimerkiksi ”googlaamaan” sellaisia relevantteja tietoja, ”avvägningen är svår”, toteaa Holmgård.

¹¹⁶² Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 215. Kun Klami jo alun perin on pitänyt alkuperäistodennäköisyyttä eräänä todistustaakan jakoon vaikuttavana tekijänä, oletan kirjoittajien tarkoittavan tässä ilmaisulla ”yleinen taso” juuri todistustaakan yleistä jakoperustetta ja ilmaisulla ”konkreettinen taso” yksittäisen jutun todistusharkinnan tasoa.

ja objektiivinen syy. Päinvastaisessa tapauksessa hävinneelle voi tulla helposti tunne, ettei häntä kohdella kuten muita, so. yhdenvertaisesti muiden kanssa ja yhtäläistä arvoa osoittaen.” Huovila huomauttaa vielä, että Klami – Gräns – Hatakka viittaavat toiseenkin oikeudenmukaisuuteen liittyvään alkuperäis-todennäköisyyden tausta-argumenttiin, alkuperäistodennäköisyyden ja *status quon* yhteyteen.¹¹⁶³

Halldén esittää Tverskyn ja Kahnemanin esimerkin siitä, miten vahingollista on laiminlyödä alkuperäistodennäköisyys. Esimerkin keskeinen idea on, että koehenkilöille esitetään sadan henkilön jakauma, joista 30 on asianajajia ja 70 insinöörejä. Yhdestä henkilöstä kerrotaan henkilötietoja (30-vuotias, naimisissa, ei lapsia, ahkera ja kunnianhimoinen ja siksi hyvät mahdollisuudet edetä uralaan, ammattitoverien arvostama). Kun kysytään, miten todennäköistä on, että hän on insinööri, normaali koehenkilö väittää todennäköisyyden tälle olevan 50 prosenttia. Koska kuvaus sopii yhtä hyvin insinööriin kuin asianajajaan, koehenkilö arvioi molemmat vaihtoehdot yhtä todennäköisiksi – ja unohtaa ammattijakauman 30/70.¹¹⁶⁴

Dahmanin esittää kolme esimerkkiä. Ensimmäinen koskee Kahnemanin ja Tverskyn tunnettua Tom W -henkilön opintosuunnan arviointia, toinen sveitsiläistuomareilla tehtyä laskukoetta¹¹⁶⁵ ja kolmas Dahlmanin itsensä opiskeli-joillaan suorittamaansa koetta. Kaikissa ideana on osoittaa, miten alkuperäis-todennäköisyyden laiminlyönti johti siihen, että koehenkilö erehtyi.¹¹⁶⁶

Mielestäni Halldénin ja Dahlmanin viittaamat esimerkit ovat hyödyllisiä, mutta eivät osoittamaan niinkään sitä, mitä niiden esittäjät tarkoittavat, vaan sitä, mitä vaaroja alkuperäistodennäköisyyteen liittyy. Esimerkit on tehty vaarattomilla osatekijöillä, kuten insinööreillä ja asianajajilla. Tuomioistuim ei käsittele todistusharkinnassaan näin ”kilttejä” tilanteita, eikä sen tehtävänä ole

1163 Huovila 2003, s. 181 alaviite 63. Huovila tarkastellee tässä nimenomaan yksittäisen jutun tasoa.

1164 Tässä Halldénin 1980, s. 74 poimiman osion mukaan. Halldén toteaa vain: ”Tversky och Kahneman menar att detta är en vanlig typ av misstag.” – Koe, josta Halldénin selostus on osa, oli ymmärtääkseni Kahneman & Tverskyn 1982, s. 48 – 68 kuvaama. Se oli monimutkaisempi ja koostui useista muuttujista. Tutkijat ilmoittavat johtopäätöksinään s. 56–57 muun ohella, että ihmiset ilmeisesti vastaavat eri tavoin, jos heille ei esitetä mitään spesifistä näyttöä kuin jos heille esitetään arvotonta spesifistä näyttöä: edellisessä tilanteessa ihmiset hyödyntävät priori-todennäköisyyksiä asianmukaisesti, jälkimmäisessä taas niitä ei oteta huomioon. Kirjoittajien mukaan yksi tilastollisen ennustamisen perusperiaatteista on, että priori-todennäköisyys, joka sisältää kootusti tietomme ongelmasta ennen kuin saadaan itsenäistä spesifistä näyttöä, säilyy relevanttina senkin jälkeen, kuin sellaista näyttöä on saatu. Bayesin sääntö kääntää tämän kvalitatiivisen periaatteen kertolaskulla laskettavaksi suhteeksi priori-todennäköisyyden ja likelihood ration välille. Heidän koehenkilönsä eivät kuitenkaan yhdistäneet priori-todennäköisyyttä spesifiseen näyttöön. Kun heille esitettiin kuvaus tutkittavana olleesta henkilöstä (Tom W. tai Dick, insinööri/asianajaja), heistä ilmeisesti tuntui siltä, että ammattien jakauma henkilön ryhmässä ei enää ollut relevantti. Se, ettei priori-todennäköisyyden relevanssille annettu arvoa, kun käsillä oli spesifistä näyttöä, on ehkä yksi merkittävimmistä intuition poikkeamisista ennustamisen normatiivisesta teoriasta, tutkijat lausuiivat.

1165 Kysymys oli monivalintatestinä autonkuljettajan veren alkoholipitoisuuden laskemisesta. Annetut matemaattiset esitiedot edellyttivät ymmärtääkseni käytännössä Bayesin teoreeman hallintaa ja soveltamista. Tuskin oli yllätys, että vain yhdeksän prosenttia osallistuneista 173 sveitsiläistuomarista vastasi ”oikein”.

1166 Dahlman 2018, s. 129 – 132.

ryhtyä laskemaan veren alkoholipitoisuutta populaation kolmen annetun yleisen frekvenssin perusteella. Ajatukseni alkuperäistodennäköisyyden torjunnassa perustuu päinvastaiseen eli niiden stereotyyppien, ennakkoluulojen ja ennakoasenteiden torjuntaan, joita lähtötilanteeksi asettamista ikään kuin luonnollisena asiana esitetään ja jopa suositellaan useissa oppikirjoissa – asianosaisten kontrolloimatta ja kontradiktorisuus sivuun jättäen. Vaaraa puhtaalta pöydältä lähtemiseen ei liity, vaan asian on juuri päinvastoin: kaikki se, mitä ratkaisussa käytetään, tulee löytyä käräjäpöydältä ja salissa risteilleestä kommunikaatiosta.

7.1.3.7.8 Omia pohdintoja: alkuperäistodennäköisyys vs. syyttömyysolettama ja vähän muustakin

Mitä ensinnäkin aution saaren juttuun NJA 1991 s. 56 tulee, itselleni on vaikea nähdä, miksi juuri tässä olisi kysymys alkuperäistodennäköisyydestä ylipäättään. Kun rikos tosiseikkana on riidaton, sen on joku tehnyt, ja jos henkilöä syytetään, joko hän tai *joku muu* on syyllinen. Nämä ovat hypoteesit, jotka aina tulevat esiin.¹¹⁶⁷

Alkuperäistodennäköisyydestä ja sen huomioon ottamisen sallittavuudesta todistusharkinnassa voidaan puhua dispositiivisissa riitajutuissakin, mutta näkyvimpänä kysymys tulee eteen rikosprosessissa eli potentiaalisen syyllisyyden alkuperäistodennäköisyyden suhteessa syyttömyysolettamaan. Kuten kirjallisuuskatsauksesta kävi ilmi, kysymykseen voidaan vastata hyvinkin eri tavoin. Ehkä tiukimpana kantana voidaan pitää Tolvasen aikaisempaa syyttömyysolettaman relatiivista määrittelyä, joka perustui rikosprosessia edeltävien vaiheiden ja niihin liittyvien pakkokeinojen legaalisaantelyn mukaanottoon. Tolvanen esitti näkemyksensä ymmärtääkseni osana vuosituhannen vaihteen ympärillä käytyä debattia siitä, mitä näyttökynnystä noudatetaan, kun syyttäjä tekee syyttämättäjäättämispäätöksen seuraamusluontoisella perusteella.¹¹⁶⁸ Vaihtoehtoina kiistassa oli tuomioistuimen rikoksen syyksilukemisessa soveltaa näyttökynnys ja syytteen nostamisen edellyttämä näyttökynnys. Tolvanen katsoi, että syytteen nostamisen kynnys riittää, mutta totesi korkeampaa kynnystä puolletun kolmella perusteella, joista ensimmäisenä hän mainitsee näkemyksen, että päätyessään syyttämättä jättämiseen seuraamusluontoisella

¹¹⁶⁷ HD lähti jutussa siitä, että vain poikkeustapauksissa voi tulla kysymykseen perustaa syyksilukeva tuomio yksin siihen negatiiviseen seikkaan, että selvitys ei näytä jättävän tilaa vaihtoehtoiselle tekijälle; yleensä tulee edellyttää lisäksi ainakin tukitodistelua, josta selviävät tapahtumainkulun olennaiset osat ja joka positiivisesti sitoo juuri syytetyn rikokseen. Mainitunlaista selvitystä vaihtoehdon tueksi ei nyt ollut, mutta HD katsoi, ettei tämä kuitenkaan ollut varmaa, eikä muukaan näyttö syytteen tueksi riittänyt.

¹¹⁶⁸ Tolvanen 2008, s. 177. Hän suositti käytettäväksi ja käytti seuraamusluontoisen sijasta adjektiivia harkinnanvarainen.

perusteella syyttäjää kumoo syyttömyysolettaman.¹¹⁶⁹ Juuri tähän hän liitti esityksensä syyttömyysolettaman relatiivisuudesta.¹¹⁷⁰

Merkityksellistä todistusharkinnan kannalta on Cohenin edellä esille nostama kysymys, saadaanko alkuperäistodennäköisyys noteerata ja miten se silloin otettaisiin huomioon; itse hän vastustaa voimakkaasti alkuperäistodennäköisyyden käsitettä ja huomioon ottamista.¹¹⁷¹

Jos hyväksytään syyttömyysolettaman relatiivinen määrittely eli käsitys henkilöstä asteittain ”kasvavan” syyllisyyden (potentiaalisen syyllisyyden) subjektina, erityistä ongelmaa ei alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottaminen rikosasiassa tuottane. Käsitys saa tukea pakkokeinojen edellytysten legaalisesta sääntelystä, joka on keskeisiltä lähtökohdiltaan samankaltaista ainakin mannermaisissa järjestelmissä. Tässä sääntelyssä käytetään juuri syyllisyyden todennäköisyyttä, sen eri asteita, asetettaessa edellytyksiä pakkokeinoille.

Ervon 1995 ja Pölösen kannat ja argumentointi ovat sellaisinaan realistisia. Samoin kuin Tolvasen varhempi kanta, ne kuvastelevat sitä asetelmaa, jossa oikeudenkäynnin alussa ollaan; kärjistetysti asetelma näkyy tilanteessa, jossa esimerkiksi vakavia rikoksia on tehty suuren ihmisjoukon joutuessa näkemään ne edessään. Toisaalta syyttömyysolettama ja sen sisältö ovat myös realiteetteja. Näiden välillä vallitsee jännite, jota on mielestäni turha yrittää selittää pois teoreettisilla konstruktiolla. On vain hyväksyttävä se ajatus, että tuomarin etiikkaan ja viime kädessä arkipäivän ammattitaitoon kuuluu tunnistaa ja pitää tiukasti mielessä tilanteessa oma statuksensa – se, mitä varten yhteiskunta on hänet rooliinsa asettanut. Tämä voi kuulostaa pateettiselta ja juhlalliselta, mutta se on kuitenkin jokapäiväistä käytäntöä, ja siinä helpottaa suuresti se, että kaikki prosessissa mukana olevat tietävät oman roolinsa.¹¹⁷² Käytännön

1169 Tolvanen 2008, s. 177, mainitsee toisena perusteena esitetyn syytetyn oikeusturvan. Kun syyttäjää katsoi esimerkiksi rikoksen vähäisyyden perusteella tekemässä seuraamusluontoisessa syyttämättäjäättämispäätöksessä, että syytetty on syyllistynyt siihen rikokseen, josta häntä on epäilty, näytön olisi tällöin oikeusturvan vuoksi ylitettävä tuomioistuimen syyksilukemiseen soveltama näyttökynnys. – Kolmantena perusteena korkeamman kynnysen tueksi Tolvanen mainitsee pyrkimyksen ”aineelliseen totuuteen” (lainausmerkit Tolvasen).

1170 En itse pääse aivan perille, miten tämä relatiivisuus olisi tukenut alemmaa eli syytteen nostamisen näyttökynnystä. Argumentilla olisi ymmärtääkseni voitu puoltaa myös vastakkaista näkemystä, olihan seuraamusluontoinenkin ratkaisu lähtökohtaisesti henkilön yhtä lailla syylliseksi manifestoiva kuin tuomioistuimenkin syyksilukemisratkaisu – mutta vain huonommalla näytöllä ja eräitä prosessiperiaatteita syrjäyttäen. Se turvakeino, että se voidaan saattaa vielä tuomioistuimen ratkaistavaksi, ei estä tätä argumentointia. – Perustuslakiuudistuksen, perusoikeuksien ja EIS:n oikeudenmukaiselta oikeudenkäynniltä edellyttämien vaatimusten ja debatin vuoksi (ks. HE 58/2013, s. 11 – 12 ja 19 – 20) myös syyttämättäjäättämisinstituutiota (ROL 1:7 ja 8) muutettiin syyteneuvottelun lakiin ottamisen yhteydessä vuoden 2015 alusta (L 670/2014). Syyttäjää ei enää katso syyttämättä jätetyn syyllistyneen rikokseen vaan toteaa, että syytteen nostamisen edellytykset täytyvät, mutta laissa säädetyllä perusteella enemmistä toimenpiteistä luovutaan. HE:ssä s. 20 varoitetaan erityisesti, että syyksilukevan tuomion tai muun siihen rinnastettavan päätöksen puuttuessa ”ei syyttömyysolettamakaan vuoksi” pidä siksi enää käyttää termiä ”tekijä” tai ”rikos” – Tämän nyt laantuneen kiistan puheenvuoroja Tolvanen 2008 selostaa s. 175 ja 179; siitä myös Lahti 2008, s. 103 – 106.

1171 Ks. jakso 7.1.3.7.4 (Cohen ja common law).

1172 Näen siis tässä selkeän ristiriidan sen suhteen, mitä Ervo 2005, s. 293 kertoo tuomarin roolista diskursiiviselle perustuvan kommunikatiivisen oikeudenkäynnin aloittamisesta: ”... vaikka kaikki osallistujat tietävätkin asianosaisasemansa, kukaan ei tiedä varmuudella loppujen lopuksi sitä, onko heidän asemalleen

tasolla ei tietystikään ole liioin missään tapauksessa kysymystä Pölösen viittaa-
masta esitutkinta-aineiston kyseenalaistamisesta, vaikka syyttömyysolettama
pidetäänkin tehokkaana, ei relatiivisena, voimassa. En liioin vaihtaisi syyttö-
myysolettaman käsitettä syyttäjän objektiivisuusperiaatteeeseen. Molemmilla
termeillä on oma vakiintunut merkityksensä – ainakin syyttömyysolettamalla
vielä hyvin kansainvälisesti.

Edelstam siis katsoo, että alkuperäistodennäköisyys voitaisiin perustaa
("skulle kunna grundas") siihen seikkaan, että syyte on nostettu. Hän jättää
kuitenkin auki, perustetaanko tai tulisiko se perustaa siihen. Hän toisaalta viittaa
torjuvasti merkityksen antamiseen sille, että melkein kaikki syytteet hyväksy-
tään (ja että "melkein kaikki langettavat tuomiot ovat oikeita"). *"Rättens uppgift
är ju bl.a. att kontrollera om det föreliggande målet är ett sådant undantagsfall
där den tilltalade är oskyldig."*¹¹⁷³

Jos kuitenkin korostetaan olettaman absoluuttisuutta eli sitä, että vielä syy-
tettynä oikeudessa olevaakin on pidettävä täysin syyttömänä, kunnes hänet on
(ainakin ensiasteessa) tuomittu (tai sitten kunnes tuomio on saanut lainvoiman),
alkuperäistodennäköisyyden olemassaolo ja noteeraaminen a priori -todennä-
köisyytenä näyttävät ongelmallisilta: ne näyttäisivät olevan ristiriidassa tämän-
suuntaisen tiukan käsityksen kanssa. Cohen on huomauttanut tulkinnasta, että
tällöin samaa näyttöä käytetään kahteen kertaan.¹¹⁷⁴

Tämä ongelma on synnyttänyt keskustelua matemaattisten ja muunlaisten
todistusoikeusteoreetikkojen välillä. Keskusteluun ja ongelman ratkaisuehdo-
tuksiin palaan käsiteltäessä matemaattisten teorioiden kritiikkiä.

Keskustelu alkuperäistodennäköisyyden ja syyttömyysolettaman suhteesta
on keskittynyt pääosin siihen, onko henkilö *syyllystynyt* syytteessä mainittuun
tekoon, siis prosessin lopputulokseen. Katsoisin, että kysymys asetetaan jossa-
kin määrin väärin, jos asiaa tarkastellaan pelkästään kokonaissyyllyisyyden –
näyttötoiminnan kannalta pikemminkin syyksilukemisen – kannalta. Jos asiaa
tarkastellaan todistelun kohteina olevien yksittäisten tosiseikkojen kannalta,
ongelma näyttäisi menettävän ainakin jossain määrin merkitystään. Jokaisessa
jutussa on neutraaleja seikkoja, jotka eivät liity erityisesti henkilön syylisyyteen
ja joiden kohdalla voidaan ongelmitta puhua alkuperäistodennäköisyydestä.
Mutta rikoksen tunnusmerkistöön kuuluu tekijöitä, jotka eivät ole neutraaleja.

vahvimman argumentin oikeuttava perusta... Tuomari voi tulla nimetyksi todistajaksi...". Ymmärtääkseni
jokin on systeemisesti vialla, jos tuomarin osaan kuuluisi säännönmukaisesti epätietoisuus siitä, päätyykö
hän vielä todistajaksi.

1173 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 192 -193. Hänen kursivoimansa perustelu on ou-
to, koska se näyttää perustuvan kuitenkin ajatukselle, että syytetyt *ovat* lähtökohtaisesti syllisiä, ellei muuta
näytetä. – Tietysti voisi kursivoida myös suluissa olevan sitaatin ("riktiga"?). – Ks. myös Ekelöf 1977, s. 34
– 35.

1174 Cohen 1977, s. 110.

Pakkokeinoilla on omat tavoitteensa, eikä lähtökohtana ole, että epäillylle avattaisiin niiden avulla ”tili”, joka otettaisiin sellaisenaan huomioon oikeudenkäyntiä aloitettaessa. Päinvastoin, näytön esittäminen laajemmalti kuin pakkokeinon edellytysten mukaan on tarpeen, on nimenomaisesti hyvin rajoitettua. Tarkoituksena ei PKL:a koskeneen hallituksen esityksen mukaan ole ollut, että vangitsemisasian käsittelystä muodostuu syyteasian ennakkokäsittely.¹¹⁷⁵ Myös ajatus, että ilman kontradiktorista menettelyä esitutkinnassa vastaanotettu näyttö kävisi sellaisenaan lähtökohdasta, jota prosessissa paranneltaisiin,¹¹⁷⁶ merkitsisi vaaraa koko oikeudenkäynnin painopisteen siirtymisestä esitutkinnan puolelle, jos esimerkiksi kontradiktorisuus vielä pääsääntöisesti toteutettaisiin jo ennen oikeudenkäyntiä. Tällaisesta menettelystä myös EIT:ssä on kuulunut varoituksia.¹¹⁷⁷

Miten sitten on arvioitava Eiden ja Dahlmanin näkemystä? Asetan kysymysmerkin sen menettelytavan kohdalle, että tietyn ajattelutavan tai metodin pelastamiseksi tulee keinotekoisesti kehittää jokin fiktiivinen arvo, joka on vieläpä ilmaistava numeraalisessa muodossa, ja tämä tulee tehdä sen kustannuksella, että tingitään eräästä rikosprosessin keskeisimpiin periaatteisiin kuuluvasta periaatteesta, syyttömyysolettamasta.

Dahlman on Eideä varovaisempi ja yrittää asettaa teoriansa edellyttämän välttämättömyyden suhteeseen syyttömyysolettamaan. Kuitenkin yrityksen lopputulos, tai oikeastaan jo ”oikean” arvon hakuammunta, osoittaa mielestäni menettelyn keinotekoisuuden. Eiden näkemys hätkähdyttää – sitäkin enemmän, kuin hän on tarkoittanut kirjansa norjalaisen todistusharkintaopin rikastamiseksi ja opettaa tulevia juristeja. Hänen mukaansa on kyllä ”kyseenalaista” (tvilsomt), voiko puolueettomalle harkinnalle suositella syyttäjän toiminnan ottamista todisteeksi, mutta jää ainakin itselleni käsittämättömäksi, miten hän voi katsoa näyttötuomarille olevan ”naturligvis fritt” ottaa yksittäisen jutun alkuperäistodennäköisyydeksi 0,75, jos hänellä on käsitys, että syyttäjät ovat oikeassa kolmessa neljästä jutusta. Toisin sanoen tuomari voisi tuoda omia kontrolloimattomia ja prosessin ulkoisia ennakkoluulojaan jutun näytön raskaaksi lähtökohdaksi?

Sama kritiikki koskee kuitenkin myös ajatusta 0,5/0,5:n alkuperäistodennäköisyyksistä, minkä myös Dahlman on havainnut. Lindellin mukaan myös

1175 PakkokeinoL 3:8 (Vangitsemisasiassa esitettävä selvitys): ”Vangitsemisasian käsittelyssä on esitettävä vangitsemisen edellytyksistä selvitys, joka voi perustua pelkästään kirjalliseen aineistoon. Tutkittavana olevasta rikoksesta ei saa esittää tämän sekä vangittavaksi vaaditun vangitsemisvaatimuksen johdosta esittämän lisäksi muuta selvitystä, ellei tuomioistuimien katso siihen olevan erityistä syytä.” Tästä HE 222/2010 s. 255 ja Helminen ym. 2012, s. 808 – 811. Nämä toteavat saman s. 810 (”Vangitsemiskäsittelystä ei saa muodostua syyteasian ennakkokäsittelyä, jossa ennalta esitetään varsinaisessa syyteoikeudenkäynnissä kysymykseen tulevat todisteet.”)

1176 Ks. Schelinin 2007, s. 247 – 248, ehdotuksia.

1177 Schatschaschwili v. Saksa 15.12.2015 (GC), tuomarien Spielmann, Karakas, Sajó ja Keller yhteinen eriyvä lausunto, kohta 13.

teemametodi lähtee siitä, että kantajan ja vastaajan vaihtoehdot ovat yhtä todennäköisiä, ja molempien arvo on siis 50 %: ”Teemametodin mukaan arvo 0 ei ole asteikon keskellä. Sen sijaan siinä on arvo 50 %, koska alkuperäistodennäköisyys lasketaan mukaan. Lähtökohta on silloin, että kantajan ja vastaajan vaihtoehdot ovat yhtä todennäköisiä.”¹¹⁷⁸ Lindell selittää kyllä toisaalla, arvioi-
dessaan todistusarvometodin kritiikkiä alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottamista kohtaan, näin:

”Vi måste dock komma ihåg att om skälen som talar för och emot temats existens a priori är ungefär lika starka, sannolikheten för temats *negerade version* också är 0.50, eller neutral. Här kan vi inte enligt värdemetoden säga att vi inget vet om temats osannolikhet eftersom ursprungssannolikheten avser temat. Det sagda innebär att om vi lägger ett konkret bevis ovapå urssprungssannolikheten för temat, vi från detta sammanvägda bevisvärde måste dra bort sannolikheten a priori för temats negrerade version. Det resultat vi erhåller blir då i praktiken detsamma som om vi antog att ursprungssannolikheten är 0; de jämnstarka skälen för och emot temats existens a priori väger ut varandra.”¹¹⁷⁹

Lähtökohtana 0.5/0.5 tarkoittaisi rikosjutussa käytännössä ad absurdum, että mikä tahansa syyte tai syyttäjän väite olisi heti valmiiksi rajalla, jolla pieninkin lisä näytössä tekisi syytteen episteemisen paikkansapitävyyden todennäköisemmäksi kuin sen ei-paikkansapitävyyden. Tällainen lopputulos olisi kestävä, vaikka rikosjutun näyttökynnys onkin paljon korkeammalla.

Arvioitsija olisi 0.5/0.5 -tilanteessa juuri aidalla istuja. Tuntuu loogiselta edellyttää, että näyttötuomarin tulee olla oikeudenkäynnin alussa täysin neutraali. Mitä tämä tarkoittaa? Onko täysin neutraali näyttötuomari se tuomari, joka pitää molempia vaihtoehtoja (p tai ei-p, syyllinen tai syytön) täsmälleen yhtä todennäköisinä? Edustaako 0.50/0.50 ”luonnollista epätietoisuutta ennen minkäänlaisen näytön esittämistä”, kuten Eide katsoo?¹¹⁸⁰ Vai tuleeko näyttötuomarilla olla oven auetessa uskomus, että syytteen todennäköisyys on tuolla hetkellä on 0.0?

Ensi katsannolta 0.5/0.5 -asetelma tuntuisi loogisesti kyllä oikealta: eikö se kuvaisi täydellistä tasapainoa? Tuomari voi aidan päältä kääntyä kumman tahansa vaihtoehdon puoleen yhtä helposti. Tällöin teeman todennäköisyys olisi siis 50 prosenttia ja sen vastakohtaan 50 prosenttia.

¹¹⁷⁸ Lindell 2017, s. 629.

¹¹⁷⁹ Lindell 1987, s. 169.

¹¹⁸⁰ Eide 2016, s. 104. – Eide ei ainakaan mainitun 2016-teoksen tietojen mukaan ole juristi, vaan pikemminkin talous- ja yhteiskuntatieteiden tutkija, mutta hän on suorittanut paljon opiskelijakokeita. Ehkä tätä taustaa vasten on ymmärrettävä esimerkiksi näkemys s. 103: ”Ren statistikk uten andre bevis kan gi langt bedre informasjon til dommeren enn utsagn fra et troverdig vitne.”

Mielestäni käsitys on kuitenkin väärä. On jo ajatuksena syyttömyysolettaman kannalta raju, että vastaaja olisi jo oikeussaliin astuessaan ”puoliksi” syyllinen. Lisäksi käsitys perustuu kahden asian sekoittamiseen keskenään. Jotta tuomari uskoisi jo ennen todistelun aloittamista, että tuon jutun p on 50 prosentin todennäköisyydellä mahdollinen – tai mahdoton – hänellä täytyy olla tietoa, johon hän tukee tämän käsityksensä. *Jos hänellä ei ole tietoa, vallitsee epätietoisuus, ja se vallitsee myös todennäköisyyksien 0.0 ja 0.5 välisellä alueella. Kaiken epätietoisuuden tulee koitua syytetyn eduksi.* Mutta jos hänellä on tietoa, tulee voida kysyä, mihin se tieto perustuu. Lähtökohtanaan pidetään, että todistelua ei ole vielä tapahtunut (ja johdonmukaisuuden vuoksi tähän tietolähteeseen voidaan lukea myös asiaesityksissä esitetyt vakuuttelut, koska myös ne ovat aineistoa, joka tulee oikeudenkäynnin aikana ”esille”). Hänellä voi olla todellista tilastotietoa, kuten isyysasioissa, mutta tämäkin on parhaimmillaan vain taustatietoa – tosin luotettavampaa ja ”jäljitettävämpää” kuin yleiset ennakkokäsitykset ja -luulot. Ja jos tuomarilla on tuohon *juttuun liittyvää* omakohtaista tietoa, hänen on se tuotava esille, tai pikemminkin hänen tulisi alun perin jäävätä itsensä jutusta. Hänen on myös pystyttävä selvittämään, miksi hän arvostaa määrätyn tietonsa tietyn todennäköisyyden arvoiseksi.

Entä jos tuomari asennoituu niin, että koska syytetty on tutkintavanki, tämän syyllisyyden todennäköisyyden täytyy olla jo melko vahva? Tämän voi kärjistää niin, että mitä vahvempi se on, sitä turhempi koko oikeudenkäynti enää on. Jos Eiden tavalla ajateltuna syyllisyyden todennäköisyys ennen ensimmäistäkään oikeudenkäynnissä esitettyä todistetta asetettaisiin arvoon 0.75, ei paljon puutu, että se nousee 0.95:een. Syytetyn asema on toivoton.

On nähdäkseni siis parempi, että näyttötuomari asennoituu niin, että syytteen tai kanteen todennäköisyys *lähtee* pisteestä 0.0. Ho:n sanoin ”henkilöllä, joka määrää p:lle todennäköisyyden nolla, voi tuskin sanoa olevan ei-mitään uskomusta p:hen; päinvastoin hän jättää uskomatta p:n ja hänen epäuskomisensa on äärimmäinen.”¹¹⁸¹ Tällöin ei jouduta ristiriitaan syyttömyysolettaman kanssa, eikä tuomarin objektiivinenkaan puolueettomuus vaarannu. Myös ajatus epäuskomisen äärettömyydestä vaikuttaa absoluuttisuudessaan neutraalilta.

Rikosasian kohdalla lähtökohta näyttää ongelmattomalta, koska koko todistustaakka on syyttäjällä, mutta soveltuuko lähtökohta sittenkään riitajuttuun? Näyttäisi siltä, että 0.5/0.5 ei riita-asiankaan oikeudenkäynnissä olisi neutraali lähtökohta. Kantaja voi perustellusti kysyä, miksi vastaajan esittämä hänen kannateemojensa negaatio on niin suuresti todennäköinen. Tai vahingonkorvausjutun vastaaja voi kysyä, miksi vahinko olisi jo ”puoliksi” näytetty, kun hän astuu kärjäsaliin.¹¹⁸²

¹¹⁸¹ Ho 2008, s. 132 -133.

¹¹⁸² Jos teemametodia sovellettaisiin muodossa, että lähtöpiste olisi väitteen todennäköisyyden ja epätodennäköisyyden yhtä suuri todennäköisyys eli asteikolla 0 – 1 kohdassa 0.5: Lindell 2017, s. 629.

Esitän erään ajattelumuodon, joka voi tukea nollahypoteesia riitajutussa. Nimitän materiaalista totuutta ilmaisulla totuus_m ja prosessuaalista totuutta ilmaisulla totuus_p . Helposti voi unohtua, että prosessin tavoitteena ei ole saada selville sitä, mikä on totuus_m , vaan prosessin tavoitteena on saada selville, onko kantajan/syyttäjän väite totuuden_p paikkansapitävyydestä tosi, eli pitääkö *tämä väite* paikkansa.

Ei saatane koskaan tietää, miten usein totuus_m jää selvittämättä – ensimmäinen edellytys sen tietoon saamiseksi olisi tietää, mikä totuus_m on. Sen sijaan totuus_p tietyn teeman suhteen voidaan (useimmiten) sanoa tarkasti: se on se asiantila, mitä tuomioistuin katsoo tuon teeman suhteen selvitetynksi.

Kun tarkastellaan alkuperäistodennäköisyyden ”nollahypoteesia” tältä pohjalta, ei tuota vaikeuksia sanoa, että teeman totuuden_p selvittäminen voisi hyvin alkaa nollapistestä. Prosessi ei tähtää kantajan teeman vastakohdan vahvistamiseen, ei edes syyttäjän syytteen vastakohdan siinä mielessä, että vastaaja ”vahvistettaisiin” syyttömäksi. Toisin sanoen väite teeman T totuudesta_p joko vahvistetaan tai väite hylätään, mutta samalla ei vahvisteta, että ei-T:n totuus_p olisi tosi. Kanne hylätään, jos sitä ei ole näytetty toteen, vastaajan kiistämistä ei samassa mielessä ”vahvisteta” totuudeksi . Prosessi ei siis edes totuuden_p vahvistamisen välineenä ole symmetrinen, ja totuuden_p selvittämistä voidaan tarkastella yksisuuntaisella asteikolla. – Ja vielä vähemmän prosessi siis tähtää sen syytteen tai kanteen ulkopuolelle menevään selvittämiseen, kuka totuuden_m mukaan ”oikeasti” oli syyllinen tai mistä vahinko ”todellisuudessa” aiheutui.

Jäljempänä käsittelen pohjoismaisista todistusharkintateorioista muun muassa teema- ja todistusarvoteoriaa. Edellinen antaa alkuperäistodennäköisyydelle merkitystä, koska se lähtee siitä, että p ja ei-p ovat komplementaarisia ja jos p:stä (syyllisyydestä) tiedetään etukäteen jollakin todennäköisyydellä, esim. 0.10:n arvoisesti, jotakin, ei-p:n (syyttömyyden) todennäköisyys vähenee vastaavasti. Jälkimmäinen teoria menettelee toisin: p ja ei-p eivät ole komplementaarisia, eikä teoria anna alkuperäistodennäköisyydelle tuota merkitystä, vaan jos syyllisyydestä tiedetään 0.1:n arvoisesti, loppu 0.9 on epätietoisuutta, syyllisyyttä tai syyttömyyttä, mutta sitä ei tiedetä. Edellä esittämäni ”suositus” sisältää piirteitä molemmista: lähdetään liikkeelle nollapistestä, mutta luovutaan komplementaarisuudesta eli hyväksytään epätietoisuuden vyöhyke, myös jaksolla 0.0 – 0.5.¹¹⁸³

1183 Miten tämän suosituksen valossa on arvioitava KKO:n ennakkopäätöksen KKO 2019:4 kohdassa 24 tehtyä otaksumaa, jonka mukaan ”...syytetyn pitkäaikainen huumausaineden käyttö voi tarkoittaa sitä, että hänellä on yhteyksiä sellaisiin henkilöihin, joilla on intressi tilata huumausainetta toisen henkilön nimellä ja osoitteella, mikä puolestaan lähtökohtaisesti lisää myös syytteelle vaihtoehtoisen tapahtumainkulun todennäköisyyttä.” Pidän tämänkaltaisia oletuksia jossain määrin vaarallisina, koska ne tuskin perustuvat mihinkään empiiriseen tietoon. Tämä ei kuitenkaan ole nyt olennaista, vaan se, että oletamaa on käytetty syytetyn eduksi, hänen esittämänsä hypoteesin tueksi. Tällainen otaksuma ei tuomioistuimenkaan generoimana loukkaa syyttömyysolettamaa. Joka tapauksessa otaksuma ei ole alkuperäistodennäköisyyttä, vaan se sitoutuu jutun todisteluun eli ilmitulleeseen aikaisempaan käyttöön – sen merkitykseen näyttönä.

Cohenin kuudes kysymys matemaattisen bayesianismin osoittamisessa mahdolltomaksi käsitteli muun ohella sitä, voidaanko a priori -todennäköisyys eli aloitusvaiheessa alkuperäistodennäköisyys ottaa huomioon todistusharkinnassa. Hän otti siihen kielteisen kannan käyttäen esimerkkinä syyttömyysolettamaa common law -järjestelmässä. Mielestäni hän on oikeassa. Bayesin teoreema edellyttää a priori -todennäköisyyden olemassaoloa. Ongelma ei kuitenkaan rajoitu Cohenin kritisoimiin matemaattisiin teorioihin, vaan on esillä jokaisessa todistusharkintatilanteessa, käyttää factfinder jotakin teoriaa tai ei käytä mitään.

Edellä olen katsonut, että Cohen teki väistöliikkeen arvioidessaan yhteisten *kriteerien puuttumista* juryn jäseniltä: hän viittasi näiden kansalaiskuntoon katsomalla, että ennakkoluulot, henkilökohtainen sympatia, ryhmäkauna ja muut irrationaaliset tekijät voidaan sulkea pois, ("when ... may be disregarded"). Samanlainen "väistöliike" soveltuisi tavallaan tähänkin kohtaan ennakkoluulojen ynnä muiden vastaavien syrjään laittamisineen. Eroavuus on kuitenkin siinä, että matemaattinen teoria *edellyttää* nollaa suuremman alkuperäistodennäköisyyden ja siis tavallaan *"edellyttää"* jonkinlaisen etukäteistiedon. Cohen perustelee induktiivisen teoriansa paremmuuden vain logiikan keinoin: teoria ei edellytä mitään alkuperäistodennäköisyyttä eli a prioria, vaan nolla "kelpaa".¹¹⁸⁴ Tämä on asian ydin.

Taitavinkaan tuomari tuskin pystyy saamaan valamiesten asenteita kokonaan poisjuuritetuiksi.¹¹⁸⁵ Tämä lienee eräänä syynä siihen, että Yhdysvalloissa valamiesten valitsemismenettely on saattanut paisua "prosessiprosessiksi", mikä lisää oikeudenkäynnin raskautta ja kustannuksia. Sama koskee asiantuntijoiden valintaprosessia silloin, kun kysymys on alasta, jolla tiedetään olevan erilaisia koulukuntia, joiden näkemyseroilla asianajajat näkevät olevan suoraa vaikutusta tulevan lausunnon sisältöön.¹¹⁸⁶

Eräs alkuperäistodennäköisyyden ongelma saattaa olla, että tieto voi, näyttötuomarin sitä tiedostamatta, ohjata jollain tavoin jo *todisteluprosessia* pois lähtökohtaisesta neutraalisuudesta. Eräs tämäntyyppinen ilmiö on *confirmation bias*, vinoutuma, joka saa tuomarin omaksumaan näytöstä vahvimmin ne osat, jotka tukevat hänellä jo olevaa käsitystä. Tämä vinoutuma saattaa vaikuttaa jo todistelun aikana: jos tuomari tekee muistiinpanoja, hänen on useimmiten

¹¹⁸⁴ Cohen 1977, s. 220 – 224.

¹¹⁸⁵ Ongelma on samanlainen, kun kysymys on niistä lukuisista tilanteista, joissa valamiehiä pyritään varjelemaan määrätynlaisilta tiedoilta. Kysymys on tiedoista, joiden pelätään johtavan heitä harhaan esimerkiksi siinä, että todiste on omiaan herättämään voimakkaita tunnereaktioita, kuten valokuvat raa'an henkirikoksen tai pahoinpitelyn uhrista. Tähän käytetään *voir dire* -menettelyä: tuomari päättää omalla prosessiratkaisullaan, voidaanko tällainen todiste esittää. Tällöin hän itse joutuu luonnollisesti "alttiiksi" todisteen vaikutukselle. Tätä ei ole kuitenkaan pidetty ongelmana.

¹¹⁸⁶ Ks. Slobogin 2007, s. 12 – 18 asiantuntijoiden kvalifikaatioista ja valinnasta USA:ssa.

pakko valikoida pääkohdiksi tai muutoin relevantiksi kokemiaan seikkoja. Alkuperäistodennäköisyys voi vinouttaa tätä.

Tieto on kuitenkin eri asia kuin asenne. Tuomarin rooliin kuuluu osata panna sivuun niin asenteensa kuin sellainen tieto, jota hän ei prosessinjohtotehtävänsä vuoksi tarvitse – siis tieto, joka liittyy todistusteeman aineelliseen sisältöön.¹¹⁸⁷ Prosessinjohtossa tarvittava tieto on teknistä eikä ratkaisun sisältöön vaikuttavaa aineellista tietoa. Vaaran tiedostaminen ja siihen reagoiminen on joka tapauksessa alkuperäistodennäköisyyden käsitteen ansio. Se on syntynyt ilmeisesti matemaattisesta tarpeesta, mutta jos matemaattinen teoria jätetään sivuun, sitä ei todistusharkinnassa ”tiedostamismomentin” lisäksi enemmälti tarvita.

Missä määrin factfinderinä toimiva ammattituomari pääsee eroon omista asenteistaan? Tuskin hänkään pääsee niistä kokonaan, mutta erona on, paitsi koulutus, myös vastuu näyttöratkaisusta ja velvollisuus perustella se objektiivisesti ja intersubjektiivisesti. Yksittäisenä päätöksentekijänä ammattituomari joutuu myös muiden sellaisten paineiden, kuten julkisen kritiikin, kohteeksi, jotka eivät juuri koske maallikoita, eivät ainakaan valamiehiä. Jos hänen näyttöratkaisuunsa voidaan hakea muutosta, jo tietoisuus tästä muodostaa tavoitteen tietoisesti torjua mahdollinen epäasiallinen aines pois.

Juuri a priori -tiedon kohdalla piilee kuitenkin vaara, ja se on sikäli salakavala, että se saattaa jäädä huomaamattomaksi. Lienee notorinen tosiasia, että kaikessa informaation välityksessä esiintyy a priori -tietoa. Kysyjän on tiedettävä asiasta jotakin, ennen kuin hän voi edes tehdä kysymyksiä vastattaviksi. Vaikka oikeudenkäyntimenettely olisi täysin adversariaalinen eli käytännössä asianosaisten asiamiesten tai avustajien esittämien pledeerausten ja näiden suorittamien kuulustelujen varassa, myös tuomarin on jo prosessinjohtajana tiedettävä, mistä kullakin hetkellä kuulustelussa on kysymys. Tärkeää tämä on erityisesti todistelun vastaanottamisessa. Sen vuoksi hänen on välttämätöntä olla etukäteen tietoinen siitä, minkälainen juttu hänen eteensä tulee. Tämä tieto on kuitenkin ”teknistä”, ei todistusteemojen aineelliseen sisältöön menevää. Luonnollinen oletus on, että asianosaiset toimivat prosessirooleilleen luonteenomaisella tavalla ja että syyttäjän todistaja yleensä puhuu temasta raskauttavasti, puolustuksen vapauttavaan suuntaan. Tämänkään ”tietäminen” ei luo alkuperäistodennäköisyyttä mihinkään suuntaan. Sikäli kuin tuomari on joutunut syvemmin perehtymään esitutkinta-aineistoon, hänen on vain pantava tietonsa sivuun.

Miten on prosessin tasolla arvioitava Klamin – Gränsin – Sorvettulan väitettä alkuperäistodennäköisyyden noteeraamisen ja väärän tuomion haitallisuuden (käänteisestä) syy-yhteydestä ja Huovilan yhdenvertaisuudesta esittämistä näkökohdista? En ole varma siitä, että ensin mainittu väite syy-yhteydestä pitää

¹¹⁸⁷ Vrt. Magnussen – Melinder 2014, s. 619 – 621 ja Magnussen – Stridbeck 2020, s. 11 alaviite 23. Tulkitsen niin, että antaessaan synkänlaisen kuvan tuomarin harkintaan vaikuttavista seikoista he eivät ota tätä asiaa riittävästi huomioon.

paikkansa. En ainakaan havaitse kirjoittajien sitä perustelevan. On myös hiukan hataraa lähteä siitä, että asianosaiset ymmärtäisivät samalla tavalla alkuperäistodennäköisyyden esimerkiksi siitä, miten juttu tulee ratkaistuksi; pikemminkin heillä on vastakkaiset käsitykset, joita he tietysti voivat tykönään tukea omin ajatuksin. Jos alkuperäistodennäköisyys prosessitasolla todella otetaan huomioon, se on myös prosessissa käsiteltävä ja sen merkitys on tuomion perusteluisa tuotava julki. Alkuperäistodennäköisyydestä ja sen suunnasta tulee vallita yksimielisyys – muuten se on väite väitteiden joukossa ja sikäli outo väite, että se on tuomarilähtöinen. Käytännössä tämä tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, että kysymyksessä oleva seikka todetaan riidattomaksi.

Riitajutun asianosaisen ei ylipäätään ole hyvä lähteä oikeudenkäyntiin luottaen alkuperäistodennäköisyys-spekulaatioihin – ainakaan sellaista käyttäytymistä ei tulisi rohkaista.¹¹⁸⁸ Rikosjuttuun se soveltuu vielä huonommin, jos mahdollista. Rikosjutussakin on joka tapauksessa kaksi vastakkaista osapuolta, syytettyä vastassa usein syyttäjän lisäksi asianomistaja. Kenen alkuperäistodennäköisyyden mukaan silloin tulisi toimia? Myös syytetyn oikeusturvan kannalta on paras vaihtoehto, että kaikki todennäköisyyteen liittyvä materiaali tulee avoimesti todistelun kautta.

Ainakin pääsääntönä tulisi joka tapauksessa olla nollapisteestä lähteminen. Jos ratkaisija kokee, että tietynlainen alkuperäistodennäköisyys tulisi ottaa jo todistusharkinnan pohjaksi, hänen tulisi saattaa se keskustelun kohteeksi niin kuin kysymys olisi todistelusta. Lähtökohta on kuitenkin outo; se voi johtaa nopeasti perusteltuun puolueellisuusväitteeseen. Esilleotossa tulee näkyviin, missä määrin tuomari ehkä tiedostamattaan on ollut aikeissa käyttää yksityistä tietoaan tai sellaista tietoa, joka on ainakin lähellä yksityistä tietoa.

Loppujen lopuksi klassinen kysymys rikosrekisterin huomioon ottamisesta on käytännössä helpoimmin käsiteltäviä. Suomalaisessa prosessissa se tulee luonnostaan esille jo siinä, että lähellä olevat mahdolliset tuomiot on joka tapauksessa kohtuullistamisen vuoksi tarkistettava, käytännössä myös vastaajalta itseltään. Tämä ei tapahdu todisteluvaiheessa vaan rangaistuskysymystä käsiteltäessä, mutta se ei ainakaan tapahdu vastaajan tietämättä. Toisin menetellään esimerkiksi USA:ssa, jossa syyttäjä ei saa tuoda mitenkään ilmi vastaajan aikaisempaa rikollisuutta tai huonoa mainetta, ellei tämä itse ensin halua tulla kuulustelluksi puolustaakseen itseään.

On mahdollista väittää, että ratkaisija *joka tapauksessa* ottaa alkuperäisyystodennäköisyyden ajattelun inhimillisen vajavuuden vuoksi huomioon, halusipa hän itse sitä tai ei. Ajatus mielestä ja muistista ”pyyhittävistä” seikoista saat-
taa olla illuusio. Kysymys on pohjimmiltaan laajemminkin yleisen tietämyksen

1188 Käytännössä tavataan vielä joskus ”onnensotureita”, maallikoita jotka kävelevät saliin selittäen, etteivät tarvitse oikeusapua, ”koska ovat oikeassa”. Heidät neuvotaan kääntymään ainakin julkisen oikeusavun piiriin. Tuossa tilanteessa on turha puhua ”prosessinjohdosta”.

huomioonottamisesta, ja tällöin ei oikeastaan ole realistista tehdä jyrkkää eroa sen suhteen, onko kyse yleisistä vai tuolle jutulle ominaisista seikoista. Kysymys on vain siitä, mikä tuon ”tietämyksen” varmuusaste on ja miten ratkaisija sen voi tietää. Kysymys on toisaalta saman suureen aste-eroista; jälkimmäiset ovat myös useimmiten palautettavissa yleisiksi seikoiksi, ellei kysymys ole aivan harvinaislaatuista tapahtumainkuluista. Joka tapauksessa näyttötuomarin on tehtävä itselleen selväksi, mistä hänen arviointiensä rakennuspuut ovat peräisin. Jos joukossa on lahoa, hänen on tiedettävä, mitä ainakin sille tehdään.

7.2 Presumptiot todistusharkintaa ohjaavina

7.2.1 Yleistä. Kolme presumption lajia

Presumptiolla tarkoitetaan perinteisen määritelmän mukaan sääntöä, jonka mukaan määrätystä seikasta näyttövelvollinen saa todisteluhelpotuksen: sen sijaan, että hänen tarvitsisi näyttää toteen vaikeammin näytettävä seikka F_2 eli presumoitava tosiseikka, hän saa näyttää toteen ”helpponäyttöisemmän” seikan F_1 eli presumoivan tosiseikan, ja jos hän tässä onnistuu, F_2 oletetaan näytetyksi toteen, joten siltä osin siirtyvä todistustaakka tulee vastapuolelle. Seikka F_2 on siis (yleensä) vastaanäytöllä kumottavissa.¹¹⁸⁹ Siten presumptio on muotoa ”jos F_1 , niin F_2 ”.¹¹⁹⁰

Presumptiot ovat sitovuudeltaan vaihtelevia, todistelua ja todistusharkintaa ohjaavia apukeinoja, joiden avulla määrättyjä tilanteita voidaan lainsäätäjän tai oikeuskäytännön kehittämällä tavoilla ratkaista rationaalisesti – usein prosessi-ekonomisesti tai yhteiskunnan kannalta oikeudenmukaiselta tuntuvalta tavalla. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa presumptiot on totuttu jakamaan kolmeen ryhmään, legaalisiin, faktisiin ja kumoamattomiin presumptioihin. Kaikki ovat muotoa ”jos F_1 , niin F_2 ” eli presumoivalla todisteella (todisteen sisällöllä) näytetään toteen presumoitava, usein hankalampinäyttöinen tosiseikka F_2 .

Lappalainen katsoo, että kaikki presumptiot – legaaliset, faktiset kuin kumoamattomatkin – ovat legaalisen todistusteorian ”perintöä”.¹¹⁹¹ En ole tästä aivan varma. Presumptiot ovat yleisiä common law -järjestelmässä ja voi ehkä

¹¹⁸⁹ Tirkkonen 1977, s.88; Lappalainen 2001, s. 143 – 144

¹¹⁹⁰ Presumptio-sanaa voidaan käyttää luonnollisesti muussakin merkityksessä, kuten ”A, jos muuta ei näytetä”. Tällöin presumptio kuvaa lähinnä lähtökohtatilannetta. Tässä merkityksessä puhutaan edellä laajemmin käsitellystä *syyttömyysolettamasta*: se on ihmisoikeustyyppinen, kansallista lakia ainakin periaatteen tasolla vahvempi normi, todistustaakkasääntö, jonka yhteydessä usein viitataan myös näyttökynnyksen standardiin. Tosiasiallisesti se rajoittaa vapautta, mutta normaalitilanteessa pikemminkin ohjaa kuin rajoittaa tuomarin harkintaa. Jos faktatuomari kuitenkin katsoisi syytteen näytetyksi esimerkiksi ilman mitään todellista näyttöä tai aivan olemattomalla näytöllä, hänen voidaan sanoa toimivan mielivaltaisesti, siis loukkaavan mieltävallan kieltoa ja ylittävän myös todistusharkinnan vapauden rajat.

¹¹⁹¹ Lappalainen 2001, s. 143 – 145.

sanoa, että tarve niiden käyttämiseen todistelun helpottajina vaikuttaa universaalilta.¹¹⁹² Oli niin tai näin, legaalinenkaan ”perintö” ei kuitenkaan merkitse, ettei niillä voitaisi katsoa olevan olemassaolon oikeutusta mahdollisesti myös vapaan todistusteorian aikana – eihän ole kysymys legaaliseen teoriaan liittyneistä todisteen todistusvoiman arvostusmääreistä. Presumptio on kvalifioitu todistustaakkasääntö, joka muovaa todistelua ja todistusharkintaa. Presumptiot eivät varsinaisesti ratkaise seikan tai koko jutun todistusharkintaa, vaan kertovat näyttövelvollisuudesta jutun todistelutilanteessa presumption osoittamien edellytysten täytyessä.

Legaalinen presumptio on lainsäätäjän asettama, sitova todistelua koskeva normi. Yleisenä esimerkkinä presumptioita koskevasta sääntelystä on mainittu¹¹⁹³ vuoden 1948 OK 17:2.2 ja nykyinen OK 17:2.4¹¹⁹⁴. Esimerkkejä erityisestä presumptioista ovat patenttilain 57 a.1 §¹¹⁹⁵ ja entisen tapaturmavakuutuslain¹¹⁹⁶ 16.1 §:n 2 kohdan (1642/1992) säännös vuosityöansion standardimäärästä. Faktinen presumptio on käytännössä syntynyt, ulottuvuudeltaan ja vakiintuneisuudeltaan vaihteleva sääntö tai ohje. Sekä legaalinen että faktinen presumptio ovat vastanäyttöllä kumottavissa. Nämä oletamat voivat vahvuudeltaan olla kirjavia. Kumoamaton presumptio taas tarkoittaa sitä, mihin nimi hiukan ontuen viittaa: sitä ei voi kumota – se on käytännössä aineellisen lain normi.¹¹⁹⁷ Kumoamattomat presumptiot ovat harvinaisia, enkä niitä käsittele enempää.

1192 Bayles 1987, s. 60 toteaa, että presumptioilla usein kevennetään asianosaisen vakuuttamistaakkaa (burden of persuasion). Yleensä presumptio hänen mukaansa siirtää pelkästään todisteen hankkimisen taakan (burden of production) ja antaa tällöin asianosaiselle prima facie -casen eli tekee vastapuolelle välttämättömäksi esittää näyttöä sen kumoamiseksi; FRE 301. Vahingonkorvausoikeudessa (tort law) kuitenkin toisinaan esitetään *res ipsa loquitur* -doktriini vakuuttamistaan siirtäjäksi Jos vakuuttamistaakka on siirtynyt, vastaajan täytyy näyttää preponderance of the evidence -kynnyksellä, että hän ei ole ollut huolimaton. Käytännössä kuitenkin, vaikka vakuuttamistaakka ei ole siirtynyt vastapuolelle, huolimattomuuspresumptiota on hyvin vaikea kumota, vaikka se on mahdollista.

1193 Lappalaisen 2001, s. 143 ja Tirkkosen, 1949 s. 27 s. ja 1977 s. 102 mukaan vuoden 1948 OK 17:2.2:n poikkeusten vapaasta todistusharkinnasta (”jollei laissa toisin säädetä”) on katsottu viittaavan kahtaalle, legaalisiin presumptioihin ja toisaalta 17:4:n tunnustuksen sitovaan vaikutukseen. – Lainkohtia vastaavat nyt OK 17:1.2 ja 17:2.4.

1194 ”Mitä 1 ja 2 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei todistustaakasta tai näytöltä vaadittavasta vahvuudesta laissa toisin säädetä tai asian laadusta muuta johdu. Mitä 3 momentissa säädetään, noudatetaan, jollei laissa toisin säädetä.”

1195 Siinä säädetään, että jos patentti on myönnetty menetelmälle uuden tuotteen valmistamiseksi, on ilman patentin haltijan suostumusta valmistettu samanlainen tuote katsottava valmistetuksi patentoidulla menetelmällä, jollei muuta näytetä toteen. Toinen momentti sisältää harvinaisen rajoitusmääräyksen: vastanäyttöä esitettäessä vastaajan oikeutettu etu hänen liikesalaisuuksiensa suojelemiseksi tulee ottaa huomioon. 57 a §:n taustasta esim. Oesch – Pihlajanmaa 2008, s. 47 – 48 ja 239 sekä Jokela 2015, s. 356.

1196 Tapaturmavakuutuslain on korvannut työtaturma- ja ammattitautilaki 459/2015 vuoden 2016 alusta lukien. Nykyisen lain 66 § sisältää saman presumption kuin vanhan lain mainittu kohta. Eläkkeen määrä on 85 prosenttia vuosityöansioista, koska työntekijän presumoidaan säästävän eräissä kuluissa, kuten työmatkakuluissa. Legaalinen presumptio on suurempaa eläkettä vaativan työntekijän näytöllä kumottavissa. Presumptio on ollut esillä muun muassa ennakkopäätöksessä KKO 2007:52.

1197 Tirkkonen 1977, s. 89; Lappalainen 2001, s.145. Klassinen esimerkki kumoamattomasta presumtiosta on meillä ollut kielto näyttää vääräksi tuomioistuimen pöytäkirjamerkintöjä samassa oikeudessa: Tirkkonen 1966, s. 104 alaviite 29.

Legaaliset presumptiot perustuvat useimmiten prosessioikeuden ulkopuolisiin motiivitaustoihin. Tällöinkin on kysymys vähintäänkin näyttövelvollisuutta koskevasta säännöstä, ellei säännön voi sanoa kiteytyneen jo aineellisen oikeuden normiksi. Presumptio on ikään kuin kvalifioitu todistustaakkasääntö: se saattaa perustua todistustaakkasäännön tavoin kokemussääntöön, että presumoitava seikka on tavallisesti olemassa, jos presumoivaa seikkaa ei näytetä vääräksi.¹¹⁹⁸

Presumptio on siirtyvän todistustaakan sukulaisilmiö, mutta eroaa kuitenkin siitä. Kun presumptiosta puhutaan legaalisten faktisten tai kumoamattomien presumptioiden jaottelun yhteydessä, tarkoitetaan näyttösääntöinä toimivia olettamia, joille on annettu normitasoinen pysyvyys tai jotka ovat saavuttaneet oikeuskäytännössä usein noudatettavan toimintamallin esimerkiksi toistuvan tyyppitilanteen ratkaisijana. Olettama on joka tapauksessa riittävästi vakiintunut ja tullut tunnetuksi, niin että sitä voidaan yleisesti soveltaa. Kun presumptiosäännön tilanteessa seikan F_1 näyttäminen on helpompaa ja seikan F_2 yleensä vaikeampaa, siirtyvä todistustaakka ilmenee muunkinlaisissa prosessin ad hoc-todistelutilanteissa: sillä ei ole pysyvyyttä – ainakaan vielä, vaan sitä käytetään vain näyttövelvollisuuden siirtymisen ilmaisijana ”tässä ja nyt”-tilanteessa.

Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa puhutaan toisinaan presumption sijasta todistuspresumptiosta, jolla on kyllä samanlainen rakenne, mutta varsinaisen presumoivan todisteen sijasta tietty ulkoinen olosuhde luo olettamien toisen asiantilan olemassaolosta, esimerkiksi kiinteistön tai ulosmittattavan omaisuuden hallinta sen omistusoikeudesta.¹¹⁹⁹ Sukulaisuus prima facie -näyttöön on ilmeinen, samoin eräät kysymyksenasettelut.¹²⁰⁰

Oikeuskirjallisuudessa näyttää olevan halukkuutta nähdä presumptiot vain legaalisen todistusteorian jäänteinä ja poistaa ne kokonaan käsitarsenaalista¹²⁰¹. Kuitenkin erinäisistä syistä ne ovat pitäneet pintansa myös vapaan todistusteorian aikana. Presumption asettaminen on lainsäätäjälle käytännöllinen

1198 Heuman toksessa Ekelöf – Edeltam – Heuman 2009, s. 89. – Esimerkiksi ennakkopäätöksessä KKO 2007:52 työntekijällä presumoitiin olleen työstä johtuneita kuluja, joista hän eläkkeellä ollessaan on vapaa. Hän voi kumota tämän presumption näyttämällä, ettei tällaisia työstä johtuneita kuluja todellisuudessa ollut. Tässä ratkaisussa oli kysymys sikäli ”kvalifioidusta” tilanteesta, että standardi oli alun perin määritetty vakuutusyhtiön ja eläkkeensaajan suhteeseen, mutta nyt, vahingonkorvauksen kannalta, jälkimmäisen vastapuolena oli työnantaja.

1199 Erottelussa on kyllä kysymys vivahteista, sikäli kuin eroa todellisuudessa edes on. Onhan omaisuuden hallintakin näytettävä toteen – ja se voi olla hyvinkin riittävä esimerkiksi täytäntöpanoridissa koskien sivullisen hallussa olevaa, mutta velalliselle kuuluvaa irtainta omaisuutta (UK 4:12).

1200 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 294 – 296. Hän pohtii muun ohella kysymystä, onko hallinta todistusosiseikka muiden joukossa vai onko se presumptio (oikeastaan presumoiva seikka) omistusoikeudesta, ja arvioi, että tässä valinnassa on kysymys pikemminkin näyttökynnyksestä kuin todistustaakan jaosta (”riittääkö övervikt”).

1201 Lappalainen 2001, s. 144: ”Vapaan todistusharkinnan mukaisessa todistusoikeudessa ei tarvita faktisen presumption käsitettä”; Bolding 1951, s. 135 hylkää faktisten presumptioiden käsitteen kokonaan; Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 295 – 296 käsittelee ruotsalaisia presumptioita lyhyesti ja torjuvasti viitaten niiden legaaliseen historiaan.

keino toteuttaa haluttuja näytöllisiä tarkoituseriä keventämällä tahtonsa mukaan tietyssä asemassa olevan asianosaisen muuten ehkä vaikeaa näyttövelvollisuutta¹²⁰² ja siten suosia tätä.¹²⁰³ Faktinen *presumptio* voi syntyä ja vakiintua oikeuskäytännössä esimerkiksi massatyypisissä jutuissa, joissa sen soveltaminen voi merkitä suurta prosessiekonomista hyötyä ajan ja muiden resurssien säästönä.¹²⁰⁴ Faktinen *presumptio* on niin todistelua kuin harkintaa ohjaava työkalu, joka todellisuudessa noteerataan ja joka on yhtä lailla todistelutilanteen alkuperäisasetelman taustalla tosiasiallisesti – samoin kuin legaalinen on sitä lain normin perusteella.

Bolding hylkää siis faktisten *presumptioiden* käsitteen kokonaan.¹²⁰⁵ Hän määritteli *presumptiot* ja perusteli kantaansa seuraavasti:

”Man bör med uttrycket ”presumption” åsyfta en regel som får till följd att visst faktum får större betydelse för avgörandet än vad som motsvarar dess naturliga sannolikhetsvärde – men icke så stor betydelse, att bevisfrågan blir irrelevant. Det bör noga märkas, att dylika regler äro av alldeles samma natur som bevisbörderegler, och att intet hindrar att man över hela linjen begagnar samma terminologi.” – Ei olisikaan *vältämätöntä tehdä eroa presumptioiden ja todistustaakkasääntöjen välillä*.¹²⁰⁶ Bolding toteaa myös, että *presumption* vaikutus on samanlainen kuin todistustaakkasäännön tai näyttökynnystä koskevan säännön, sen muotoilusta riippuen. *Presumption* ja todistustaakkasäännön ero liittyy hänen mukaansa yksinomaan todistusteeman laajuuteen.¹²⁰⁷

Ekelöfin arviointi *presumptioista* on osin samanlainen, osin erilainen. Hän arveli, viitaten RB 35:1.2:een¹²⁰⁸ ja esitöihin, RB:n laatijoiden lähteneen siitä käsityksestä,

1202 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 295 – 296 näkee *presumptioiden* olemassaolon perustuvan tarpeeseen saada apukeino korkean näyttökynnyksen ylläpitämiseen, mikä on käsittäkseni sama asia kuin tekstissä edellä sanottu. Korkea näyttövaatimushan koskee juuri *presumoitavaa*, vaikeanäyttöistä seikkaa. Korkea näyttökynnyks taas on Diesenin mukaan este status quon muuttamiselle (”och i själva verket i sig en presumption mot förändring”), mutta ”oikeusjärjestelmä on joissakin tapauksissa, kun pitää sitä oikeuspoliittisista syistä oikeutettuna, valmis suomaan joillekin ’manifestoiduille’ todistusosiseikoille niiden arvoa suuremman arvon ohjatakseen todistusharkintaa määrättyyn suuntaan.”

1203 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 292 ja 294 puhuu ”näyttöbonuksesta”.

1204 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 201, s. 289 ja 293. Hän mainitsee esimerkkinä laskuvaatimukset, pysäköintivirhemaksut ja luottokorttivelat.

1205 Bolding 1951, s. 135. Hän käsittelee kysymystä, onko asianmukaista tehdä ero toisaalta *presumptioiden* (todistusarvosääntöjen) ja toisaalta riittävää näyttöä koskevien sääntöjen (näyttövaatimus) ja todistustaakkasääntöjen välillä, sivuilla 132 – 147. Hän viittaa kantansa tueksi itseensä Wigmoreen 1940, s. 288 (”The distinction between presumptions ‘of law’ and presumptions ‘of fact’ is in truth the difference between things that are in reality presumptions ... and things that are not presumptions at all”. – John Henry Wigmore: A treatise of the anglo-american system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada. 3. ed. in ten volumes. Volume IX. Boston 1940.

1206 Bolding 1951, s.147 – 148. Kursivoinnit Boldingin.

1207 Bolding 1951, s. 138.

1208 RB 35:1.2: Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.

että presumptio antaa todistustosisaikalle suuremman todistusarvon kuin se mikä voidaan perustella kokemuksella. Loogisesti asian näkemiseen näin ei ole käsittääkseni esteitä. Ekelöf piti kuitenkin Boldingin tapaa käytännöllisempänä. Sen sijaan hän ei ollut samaa mieltä kuin Bolding siitä, että ero presumptioiden ja todistustaakkasääntöjen välillä liittyisi vain kysymykseen todistustaakan laajuudesta.¹²⁰⁹ Ekelöf piti mahdollisena, että oikeuskäytäntö käyttää suurta määrää lakiin perustumattomia presumptioita, ja niille saatetaan antaa suurempi näyttöarvo ”än deras naturliga bevisvärde motiverar”. Ekelöf pelkäsi johtopäätöstä, että vapaa todistusharkinta olisi harhakuva – ”mutta niin voi käydä, jos presumptiot ymmärretään todistusarvosääntöinä.”

Lappalainen katsoo, että legaalinen presumptio on ennen muuta todistustaakanormi.¹²¹⁰ Se määrittelee tiettyä seikkaa koskevan todistelutilanteen lähtökohdan näyttövelvollisuudelle.

Rikosoikeudellisia presumptioita käsittelen jäljempänä.

7.2.2 Summaarisista asioista ja viranomaistodisteista prima facie-näyttönä

Prima facie -todistelua käytetään prosessiekonomisista sysitä erityisesti tavanomaisissa velkomusasioissa. Lähtökohtaiseksi näytöksi käy riittävän standardisoitu lasku tai muu samantyyppinen asiakirja. Kiistäminen ja vastanäyttö ovat luonnollisesti sallittuja, mutta jos saatavaa ei kiistetä, velkomusasiakirja riittää näytöksi.¹²¹¹

Diesen käsittelee tilannetta, jossa määrätyillä (muilla) standardisoiduilla seikoilla, kuten viranomaisrekisterin otteilla, näyttää olevan sama näyttöarvon täyttävä funktio kuin prima facie -näytöllä. Esimerkiksi auton rekisteriotteen sisältönä on todistustosisaikka auton omistussuhteesta, samoin lainhuudatustodistus kiinteistön omistuksesta.¹²¹² Hän katsoo, että se, voidaanko rekisterimerkintää pitää presumptiona (”som får motbevisas”) vai onko se vain todiste muiden joukossa, riippuu oikeuskäytännössä vastanäytön vahvuudesta. Jos vastanäyttö on heikkoa, merkintä riittää omistuksen vahvistamiseen; jos se on suhteellisen vahvaa, rekisterissä olevan omistajan täytyy esittää lisää näyttöä; ja jos se on vahvaa, rekisterimerkintä on nähtävä vain todisteena muiden joukossa, ilman ”bonusvaikutusta”. Diesen katsoo kuitenkin, että tämä menettely, jossa jutun näyttö perustuu enemmän tai vähemmän

¹²⁰⁹ Ekelöf 1952, s. 222 – 223.

¹²¹⁰ Lappalainen 2001, s. 144.

¹²¹¹ Näin OK 5:14 juoksevan sitoumuksen kohdalla; Diesen – Strandberg 2012, s. 289 – 290.

¹²¹² Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 293.

muodollisiin todisteisiin, ”bör dock inte föranleda att man betraktar förekomsten av dessa som grunden för en presumtion.” Kysymys olisi vain tavallisesta todistusharkinnasta, jossa rekisterimerkintä on yleisten kokemussääntöjen mukaan vahva indikaatio omistuksesta.¹²¹³

Nähdäkseni Diesenin pohdinta osoittaa, miten ”veteen piirrettyjä” oikeudellisten käsitteiden rajat saattavat olla. Ensinnäkin, mitä tahansa kantajan ”päänäyttöä” vastaan voidaan esittää vastatodistelua. Toiseksi, Diesenin normatiivinen kannanotto (”bör dock inte...”) vaikuttaa hänen juuri edellä sanomaansa nähden ristiriitaiselta. Kolmanneksi, kysymys on semantiikasta, mutta miten todisteen luonne voi riippua *ad hoc* esitettävän vastanäytön vahvuudesta – ja missä vaiheessa tuo muodonmuutos tapahtuisi. Käytännön merkitystä tällä sofistikoitulla erolla ei taida olla, sillä jos vastanäyttöä jutussa esitetään eli näytön ja vastanäytön konfrontaatiotilanne syntyy, se päättyy aina näyttöjen vastakkain punnitsemiseen todistusharkinnassa.¹²¹⁴ Vaikuttaa turhalta konstruoida edes ”standardisoitujen seikkojen” tilanne presumptioksi – saamistodiste, rekisteriote ja vastaava ”standarditodiste” on todiste siinä missä muutkin ja sillä on todistusarvo, joka arvioidaan tilanteen mukaan. Oikeuskäytännön realismia on kuitenkin se, että todisteen standardisoidun luonteen tai viranomaislähtöisyyden annetaan vaikuttaa todistusarvoa nostavasti.¹²¹⁵

Kumoamistilanteessa *presumptio* sinänsä menettää merkityksensä eli ”bonus” menetetään, mutta se tosiseikka, joka oli aikanaan *presumoiva* seikan roolissa, on mukana ”tavallisena” todisteena muiden todisteiden joukossa.¹²¹⁶

7.2.3 Eurocard NJA 1992 s. 263 revisited

Mikä vastanäyttö riittää kumoamaan *presumption*? Ehkä tähän ei voida antaa yksiselitteistä vastausta. Ruotsissa HD on luottokorttivelkomusta koskeneessa

1213 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 293 – 294.

1214 Lähinnä siinä tilanteessa, että kantaja vaatisi omistusoikeutensa vahvistamista esimerkiksi autoon, mutta vastaaja toisi esiin nimellään olevan rekisteriotteen, herää kysymys otteen sisällön *presumoivasta* luonteesta. Tilanne on sikäli erikoinen, että kantaja olisi kaikesti esittänyt jo tuohon mennessä näyttönsä eli ”vastanäyttönsä” mahdolliselle *presumptiolle*. Lähtökohtaisesti *presumptio* on voimassa näyttövelvollisen hyväksi, on tämä kummassa prosessiroolissa tahansa.

1215 Tarkka kriitikko – hard-nosed practitioner Twiningin kielellä – huomauttaisi kaikesti tässä, että tämä arvon nostaminen on ristiriidassa sen juuri hiljattain edellä esitetyn kannan kanssa, ettei alkuperäistodennäköisyyttä tule ottaa lukuun. Kriitikko olisi väärässä. Tarkoituksena ei ylipäätään ole ”tasapäästää” erilaisten todisteiden todistusarvoa. Viranomaisen antamassa todistuksessa ei ole kysymys siitä, että verrattaisiin esimerkiksi kahden eri maanmittaustoimiston antamien todistusten luotettavuutta sen perusteella, miten paljon virheitä kummankin todistuksessa on tiettyinä tilastollisena ajanjaksona ollut, ja annettaisiin tilastollisesti vähemmän virheitä tehneen toimiston todistukselle ”etumatkaa”. Molempien virheettömyyden *base rateksi* oletetaan 1.0. – Ja joka tapauksessa tämä konkreettinen todiste käy läpi saman ”*transparensin*” (ks. Diesen teoksessa Diesen–Strandberg 2012, s. 294) kuin *presumoiva* seikka legaalisessakin *presumptiossa*. Arvo 1.0 ei tule tyhjästä, mutta kääntää näyttövelvollisuuden, ja jos vastanäyttöä ei tule, tämä riittää näytöksi.

1216 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 293.

ratkaisussa NJA 1992 s. 263 eli niin sanotussa Eurocard-jutussa vastannut kysymykseen ja katsonut, että vastaajan tuli tehdä väärennysväitteensä vähintään 'oletettavaksi' ('antagligt'). Ruotsissa on katsottu olevan vaikeaa arvioida, missä määrin tällä ratkaisulla on kantavuutta massajuttuihin yleensä tai onko sen vaikutus rajoittunut sellaisissa jutuissa esitettyihin väärennysväitteisiin.¹²¹⁷ Siirtyvän todistustaakan kynnys oli siis joka tapauksessa melko matalalla.

Ratkaisu on referoitu laajemmin edellä alkuperäistodennäköisyys-teeman yhteydessä.¹²¹⁸ Peruskuvio oli se, että henkilö oli ulkomaan yökerhossa maksanut luottokortillaan 610 DM:n laskun, mutta luottokorttiyhtön laskutus myöhemmin häneltä oli 3610 DM. Hän kiisti laskun 610 DM:n ylittävältä osalta.

Todistustaakan ja näyttökynnyksen järjestely voidaan nähdä, kuten edellä on viitattu, presumption luomisena. Jos kortinhaltija, näyttämällä noudattaneensa tavanomaista maksikäytäntöä ja vähällä muulla todistelulla saattaa oletettavaksi, että tositteet oli väärennetyt, taakka siirtyy luottokorttiyhtiölle.

Jutussa *presumptio* voidaan rakentaa seuraavasti. Allekirjoitettu tosite luo oletaman, että sen sisältö on oikea.¹²¹⁹ *Presumoiva* todiste oli siis luottokorttitosite velallisen allekirjoituksineen ja *presumoitava* seikka oli oikeustositiseikka 'laskun määrä on 3610 DM'. Tämän olettaman kumotakseen velallisen on HD:n mukaan näytettävä, että asiakirja on väärennetyt (kolmonen lisätty summan eteen). Tähän riittää HD:n mukaan oletettava-vahvuinen näyttö. Tilanne on sikälkin "puhdasoppinen" *presumptio*, että kantajan ja vastaajan todistusteemat ovat erilaiset, vaikka niiden vaikutus lopulta nivoutuu toisiinsa.

¹²¹⁷ Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 290 – 291. Samoin jo Westberg JT 1992 – 93, s. 167. – Ehkä tuoreimpia ratkaisuja, joissa Eurocard-juttuun on viitattu, on HD:n 12.7.2018 antama tuomio T5243-17 (Korukauppa). Siinä oli kysymys korujen kaupasta; kantajana oleva ostaja kertoi maksaneensa korut ja jättäneensä ne liikkeeseen puhdistettaviksi. Niitä ei monien vaiheiden jälkeen enää ollut tallella liikkeessä. Kysymys oli siitä, kenellä oli todistustaakka korujen luovuttamisesta tai liikkeeseen jättämisestä (siitä ettei niitä ollut jätetty). Hovioikeus katsoi, että tavarain ja maksun samanaikainen tapahtuminen (käteiskauppa) oli lähtökohtana kaupasta ostamisen kohdalla; näin tehdään päivittäin hyvin suuri määrä ostoksia. Jos myyjälle asetetaan velvollisuus varmistaa näyttö siitä, että tavara oli luovutettu, kaupankäynnissä syntyisi hankaluuksia ja myyjälle koituisi huomattavia lisäkustannuksia. Sellaisia seuraamuksia tuskin toivottaisiin syntyvän: HO viittasi Eurocard-ratkaisuun, jossa HD katsoi, että hankaluudet, jotka aiheutuisivat luottokorttiyhtiön pakottamisesta näyttämään toteen ostokuittien aitous, puolsivat sitä, että todistustaakka väärentämisestä oli tilinhaltijalla (vaikka näyttökynnys olisikin matala *antagligt*). Sen vuoksi nyt todistustaakka siitä, että korut oli jätetty liikkeeseen, oli asetettava ostajalle, jolle asetettiin myös todistustaakka puhdistuksesta ja korjauksesta. HO hylkäsi ostajan kanteen, kun tämä ei selvinnyt näistä taakoistaan. Myös HD hylkäsi kanteen, mutta monipolvisemmän todistustaakan asettelun kautta. Kaupan jälkeen taakka kuului myyjälle tavarain luovuttamisesta. Kuitenkin se seikka, että ostaja oli maksanut eikä kiistänyt tavarain olleen saatavilla kotiin viemistä varten, merkitsi, että kysymys siitä, oliko tavara luovutettu vai ei, oli "överspelad". Se sijaan ostajalla oli nyt todistustaakka siitä, että tavara oli jätetty myyjälle toimenpidettäväksi tai muuta varten. Tästä taakasta ostaja ei selviytynyt. – Ratkaisua käsittelee perusteellisesti Munukka 2018 - 2019, s. 149- 163. Hän päätyy s. 163 katsomaan, että HD:n lukuisat obiter-lausumat vastaavat sitä, minkä on oletettu olevan voimassa olevaa oikeutta, mutta tämän tapauksen erityisperusteluista on aihetta olla toista mieltä kuin HD. Erityisesti hän s. 149 ja 161 kritisoi sitä, että HD loi HO:n avulla "liikkeeseenjättämissopimuksen" ("kvarlämnandeavtalet").

¹²¹⁸ Edellä kohdassa 7.1.3.5.

¹²¹⁹ Normaalioloissa tämä olisi riittänyt, kuten se riittänee valtavassa enemmistössä tapauksia – nykyään "allekirjoitukset" hoituvat PIN-koodilla, mutta uudistuksia voi tapahtua nopeasti.

Riidattomasta 610 euron osasta ei ollut jutussa velkomuksen kannalta kysymys.¹²²⁰ Silti alkuperäisen laskun oikea määrä oli tosiseikkakysymyksenä esillä. Käytännössä asetelma riitaisessa velkomusjutussa ei ole harvinainen: velkoja ja velallinen ovat yhtä mieltä velan olemassaolosta, mutta määrästä on riitaa. Tässä jutussa tilannetta voi kuvata esimerkiksi niin, että yhtiön kanteen yhden oikeustositseikan todistusteemana olisi ”velan määrä 3610 DM”, ja todistustositseikkana tälle seikalle olivat kirjallisten tositteiden merkinnät, joissa oli allekirjoitus. Luottokortinhaltijan näkemys velkomuksen määrää koskevasta oikeustositseikasta oli ”velan määrä on vain 610 DM” ja todistustositseikka, jolla hän pyrki näyttämään määrän pienemmyyttä toteen, oli väite väärennyksestä: ”3000 DM:n suuruisen väärennyksen tapahtuminen”.¹²²¹ Todistus- ja oikeustositseikka olivat välittömässä kausaaliyhteydessä keskenään – mitään varsinaista kokemussääntöä ei tässä relaatiossa tarvittu. Toisin sanoen todistustositseikan kohtalo (aito/väärennys) ratkaisi suoraan myös oikeustositseikan (3600/600), eikä enemmistä ”vivahteista” riideltä.

Jutun todistelurakenne voidaan kuvata myös yksinkertaisemmin: velallisen kuittaama maksutosite on kantajan eli luottokorttiyhtiön päänäyttö, ja vastaaja esittää vastaväitteen, että tosite on velan määrän osalta väärennetty. HD katsoo esittämillään perusteilla, että velallisella on todistustaakka väitteestään, mutta sen näyttämiseen riittää ’oletettava’ eli ’antagligt’ -vahvuinen näyttö. Tosin tuossa jutussa näyttö ylettyi vielä ’todennäköisen’ (’sannolikt’) kynnyksenkin yli.

Olisiko luottokorttiyhtiö voinut saada ’todennäköisen’ (tai yleisemmin: ’vähintään oletettava’) -johtopäätöksen kumotuksi? Diesen toteaa, että tällöin olisi siirrytty tavalliseen todistusharkintaan ja yhtiön olisi pitänyt esittää muutakin näyttöä.¹²²² Näin jutussa oli tapahtunutkin, mutta yhtiön väärennysväitteen johdosta esittämä vastanäyttö ei riittänyt; HD viittaa yhtiön epäonnistumiseen kortinhaltijan huolimattomuuden tai muun vapautusperusteen olemassaolon näyttämisessä. Heuman on valittanut, ettei HD ole kertonut, mikä luottokorttiyhtiön

1220 Tämä ilmenee muun muassa esittelijän mietinnöstä.

1221 Voi ajatella niinkin, että oikeustositseikan kohdalla asianosaisilla oli sama teema 610 DM:n osalta. Mieluummin sanoisin, että teema oli eri, toisella 3610, toisella 610 DM. Tällöin asianosaiset eivät osaksikaan ”jaa” samaa todistusteemaa.

1222 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 292 – 293. Samassa yhteydessä Diesen huomauttaa, etteivät näyttöarvot ’antagligt’ ja ’styrkt’ sovi samalle asteikoille. Jos ymmärrän oikein, synnä on se, että Diesen lukuarvoistaa ’oletettavan’ tarkoittavan 25 – 30 prosentin todennäköisyyttä ja tavanomaisen vaatimuksen ’styrkt’ tarkoittavan 75 – 80 prosentin todennäköisyyttä: ”... eftersom ’styrkt’ är ett så högt krav på en sannolikhetsskala kan det aldrig uppfyllas om det finns motbevis som uppgår till bevisvärdet ’antagligt’”. Diesen kyllä huomauttaa siitä, että jos todistusarvo ’oletettava’ arvioidaan ilman päänäytön arvoa, se tulee tavallisesti korkeammaksi kuin jos huomioon otetaan päänäytön vastakkaisvoima. Se merkitsee, että se ’oletettavan’ näyttöarvo, joka riittää syrjäyttämään prima facie-vaiikutuksen ja johtamaan tavalliseen todistusharkintaan, ei luultavasti riitä lisäksi voittamaan päänäyttöä, joka ylittää näyttöarvoon ’styrkt’. – Vastanäytön arvo kyllä käsittääkseni nousee kuvatussa tilanteessa, koska muutoin päänäytöllä ei olisi mitään arvoa. Lisäksi voi kuitenkin kysyä, mikä olisi sellainen tilanne, että vain vastanäyttö, ei päänäyttöä, otettaisiin todistusharkinnassa huomioon. Sellaista ei liene olemassa. Tuomioistuimien ei myöskään anna ”välitilinpäätöksiä” todistusharkinnastaan, ei edes päänäytöstä saati pelkästään vastanäytön arvosta. Mielestäni tämä on esimerkki siitä, miten todennäköisyysasteikko ja lukuarvoistaminen on joutunut heuristisista lähtökohdistaan turhan kauas.

näyttökynnyksenä olisi ollut sen jälkeen, kun kortinhaltija oli tehnyt väärennysväitteensä 'oletettavaksi'. Diesen vastaa itse tähän, ettei se voi olla muuta kuin 'styrkt'. Tähän voisi tehdä saman huomautuksen kuin edelläkin, että jutun koko näyttö, pää- ja vastanäyttöineen, tulee tutkituksi yhdessä; loogista kai on, että kun presumptio on hävinnyt pois, kynnyks on "normaali" eli Diesenin tarkoittama. Yhtiön'styrkt' olisi samalla kukistanut areenalta kortinhaltijan "vähintään antagligt-saavutuksen".

7.2.4 Kehittynyt sähköinen allekirjoitus luo presumption?

Jossain määrin Eurocard-ratkaisulle "sukua" on HD:n 22.12.2017 antama tuomio jutussa T 435-17, ja siihen HD eräässä kohdassa viittaakin. Nyt oli kysymys siitä, kenellä on näyttövelvollisuus siitä, onko sähköistä allekirjoitusta käytetty väärin, ja minkävahvuista näyttöä väärinkäytöksestä vaaditaan. Seuraavassa selostuksessa käytän ilmaisua 'näyttää toteen' HD:n käyttämän termin 'styrkt' vastineena. 'Övervägande sannolikt' viittaa suoraan övervikt-periaatteen kynnykseen.

Kysymys oli 30.000 kruunun lainasta tai "pikavipistä", jonka yhtiö oli maksanut allekirjoituksen haltijan SI tilille (ja jolta se oli siirretty SI:n pojan tilille). SI kiisti yhtiön velkomuksen. TR katsoi, ettei yhtiö ollut tehnyt 'övervägande sannolikt', että allekirjoitus oli aito siinä mielessä, että SI oli käyttänyt sitä, eikä muullakaan perusteella näyttänyt toteen sopimuksen tekemistä. SI ei voinut myöskään voittaa kannettaan sillä perusteella, että SI olisi ollut huolimaton käsitellessään henkilökohtaisia kirjautumistietojaan verkkopankkiin. HO taas katsoi yhtiön näyttäneen toteen, että lainan hakija oli käyttänyt kehittyneeseen sähköiseen allekirjoitukseen rinnastettavaa tekniikkaa. SI ei ollut pystynyt tekemään oletettavaksi (antagligt), ettei hän itse tai toinen hänen suostumuksellaan ollut käyttänyt hänen henkilökohtaista koodiaan luodakseen nimikirjoituksen. Hovioikeuden mukaan oli sen vuoksi olemassa presumptio väitetyn lainasopimuksen tueksi. HO katsoi, ettei SI ollut kumonnut presumptiota vastanäytöllä, ja hyväksyi velkomuksen.

SI teki HD:ssa väitteitä: ei hän, vaan joku toinen oli tehnyt lainasopimuksen ja tämä oli manipuloinut hänen tiliään "genom obehöriga insättningar och uttag"; sopimusta ei ollut allekirjoitettu sähköisesti tai allekirjoitus ei ainakaan ollut 'kehittynyt'; sopimusta ei ainakaan ollut tehty hänen henkilökohtaisten tietojensa avulla tai joku toinen oli luvatta käyttänyt niitä; hän on kuluttaja ja yhtiö on elinkeinonharjoittaja, ja lainahakemuksen ja vaatimuksen pohjana olevan sopimuksen väliltä puuttuu yksi tekijä, SI:n luottotietojen tarkistus. Ainakin määrä tuli alentaa 13.000 kruunuun, jotka hänen poikansa on maksanut yhtiölle. Yhtiö kiisti väitteet.

HD totesi pääsäännön rahasaatavan velkojan todistustaakasta (styrkt) viitaten ratkaisuun NJA 1975 s. 577. Jos vastaaja tekee väärennysväitteen, velkasitoumukseen

vetoavalla on periaatteessa todistustaakka allekirjoituksen aitoudesta. Ratkaisussa NJA 1976 s. 667 HD on katsonut väitteen johdosta, että allekirjoituksen aitous oli siinä 'överbägarande sannolikt'. HD on myöhemmässä ratkaisussa katsonut, ettei velkojan todistustaakka asiakirjan aitoudesta ole voimassa sellaisessa massatoimessa kuin pankkikortin käyttämisessä. Näissä tapauksissa velallisen on saatettava väärennyksen tapahtuminen ainakin oletettavaksi (antagligt). Jos hän onnistuu tässä, velkojan on sen jälkeen esitettävä vastanäyttöä asiakirjan aitoudesta; HD viittaa Eurocard-ratkaisuun NJA 1992 s. 263. Tämän jälkeen HD selosti EU:n asetusta 910/2014 ja sen voimaansaapoa Ruotsissa koskevaa lakia 2016:561¹²²³ sekä sähköisen allekirjoituksen ja sen kehittyneen muodon käyttötilanteita. HD piti "itsestään selvänä" lähtökohtana, että myös lainasopimus voidaan allekirjoittaa sähköisesti. Allekirjoitus voi olla aito siinä mielessä, että sitä on todella käytetty ja käyttö on tapahtunut käyttämällä relevantteja turvatoimia, mutta tästä ei voida vielä päätellä, onko käyttäjänä ollut haltija tai joku hänen suostumuksellaan. Sillä tavoin se eroaa perinteisestä paperille tehdystä. Sen sitovuuden arvioinnin tulee siksi tapahtua kahdessa vaiheessa: oliko käytetty juuri kyseistä allekirjoitusta, ja kuka sitä oli käyttänyt.

HD jatkoi todistusoikeudellisten lähtökohtien esittämistä. Jos lainanantaja voi näyttää käytetyn tekniikan vastaavan kehittyntä sähköistä allekirjoitusta ja jos mikään tilanteessa ei viittaa teknisiin ongelmiin, lainanantajaan kohdistuva vaatimus on täytetty ja lähtökohtana tulee olla, että sähköistä allekirjoitusta ei ole manipuloitu vaan että se on tehty velallisen henkilökohtaisen koodin avulla tunnistautumalla. Tilinhaltija ei vastaa vaatimuksesta, joka on syntynyt jonkun käytettyä luvatta hänen maksuvälinettään. Vastuusta säädetään laissa 2010:738. Maksupalvelun toimittajalla on todistustaakka toisaalta siitä, että transaktio on autentisoitu, kirjattu oikein, merkitty tilille eikä siihen ole vaikuttanut tekninen vika tai muu puute, ja toisaalta siitä, että tilinomistaja ei ole laiminlyönyt velvollisuuttaan suojella koodiaan tai vastaavaa. Mainittua lakia ei sovelleta, jos transaktio on tapahtunut luvallisesti. Sen esitöissä ei lausuta todistustaakasta eikä näyttökynnyksestä tilanteessa, jossa on erimielisyys transaktion luvallisuudesta.

HD katsoi, että jos joku väittää sähköistä allekirjoitustaan käytetyn luvatta, useat syyt puoltavat jonkinlaisen näyttövelvollisuuden asettamista hänelle, eikä tämä riipu sopimuksen teon muista olosuhteista, kuten siitä että haltija on kuluttaja. Juuri haltijalla on mahdollisuus kontrolloida ja suojella käytössään olevaa turvaratkaisua, kuten

1223 EU:n asetuksen 910/2014 nimi on kokonaisuudessaan 'Sähköisestä tunnistamisesta ja sähköisiin transaktioihin liittyvistä luottamuspalveluista sisämarkkinoilla ja direktiivin 1999/93/EY kumoamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus' (EU) N:o 910/2014, ja sen suomalainen "kutsumanimi" on 'Sähköisestä tunnistamisesta ja luottamuspalveluista annettu EU:n asetus'. Vastaavanlaisia määräyksiä kuin Ruotsin laissa 2016:561 on meillä laissa vahvasta sähköisestä tunnistamisesta ja luottamuspalveluista, 617/2009. Sen 27 §:ssä säädetään myös tunnistusvälineen haltijan vastuun alasta väärinkäyttötilanteista, joita Ruotsissa koskee nimenomainen laki 2010:738.

henkilökohtaista koodia, ja juuri hän tietää, onko antanut jollekulle pääsyn koodiin. Juuri hän voi myös tuntea tapahtumat, jotka antavat aihetta epäilyyn tietokoneen teknisestä manipulaatiosta. Lisäksi se lähtökohta, että sähköisen allekirjoituksen voi luoda vain se, joka pääsee käsiksi henkilökohtaiseen ja salaiseen koodiin, on omiaan luomaan luottamusta vastaanottajalle – luottavalle osapuolelle – niin, että hän voi lähteä siitä, että sähköinen toimenpide on peräisin siltä, jonka sähköistä allekirjoitusta on käytetty. Näillä perusteilla tulee vaatia, että kehittyneen sähköisen allekirjoituksen haltija tekee vähintään oletettavaksi, että käyttö on tapahtunut luvatta.

HD piti selvänä, että lainasopimuksen oli tehnyt henkilö, joka oli tunnistaunut SI:nä hänen verkkopankkinsa kautta. Kirjallisilla todisteilla on näytetty, että käytetty tekniikka vastaa EU:n asetuksen 3 artiklassa tarkoitetun kehittyneen sähköisen allekirjoituksen luomista, eikä ole tullut esiin mitään, mikä viittaisi järjestelmän teknisiin ongelmiin. Siten lähtökohtana oli, että allekirjoitus ei ollut manipuloitu, vaan sen oli luonut joku tunnistautumalla SI:n henkilökohtaista koodia käyttämällä. Näin allekirjoitetun lainahakemuksen seurauksena lainasumma oli siirretty SI:n tilille. SI on totuusvakuutuksin ilmoittanut, että yksin hänellä oli pääsy pankkikansiolleen siihen kuuluvalla koodilla ja ettei hän ole paljastanut koodia kenellekään. SI oli tehnyt ilmoituksen sekä pankille että poliisille petoksesta, mutta nämä ovat suhteellisen epämääräisiä, sikäli kuin kysymys nyt esillä olevasta transaktiosta. Hän on esittänyt selvitystä, joka osoittaa, että hän oli saanut lainan johdosta sähköpostitiedotteita joltakulta yhtiön puolesta esiintyvältä, ilmoituksia jotka eivät yhtiön mukaan ole siltä peräisin. Ei ole kuitenkaan tullut esiin seikkoja, jotka konkreettisemmin viittasivat siihen, että SI:n tietokone olisi kaapattu viruksen avulla tai saatettu alttiiksi muulle manipulaatiolle. Rahat on siirretty SI:n tililtä hänen poikansa tilille. Myöhemmin pojan tililtä oli tehty joitakin siirtoja yhtiön tilille. SI ei ole kuitenkaan nimenomaisesti väittänyt pojan sekaantuneen asiaan, ja poika on valan nojalla todistajana kuultuna kieltänyt tietävänsä mitään lainasta.

HD katsoi yhteenvedonomaaisesti, ettei SI ollut saattanut oletettavaksi, että joku olisi käyttänyt hänen kehittyntä sähköistä allekirjoitustaan luvatta. HD hyväksyi lainasopimuksen sen vuoksi saamistodisteeksi. Ei ollut esitetty muita syitä sille, että hän ei kuitenkaan olisi ollut lainanottaja. Hän ei ole myöskään näyttänyt toteen, että hänen poikansa yhtiölle tekemät maksut olisivat olleet osamaksuja nyt esillä olevan lainan pääomasta. Näillä perusteilla HD hyväksyi yhtiön kanteen.

Omana näkemyksenäni arvioin, että HD ei näytä täysin hyväksyneen hovioikeuden kannanottoa presumption syntymisestä. Toisaalta tilanne oli presumption rakenteelle ominainen: helpommin näytettävä seikka, vahva tunnistauminen eli kehittyntä sähköinen allekirjoitus, muodosti presumption siitä, että vaikeammin näytettävä seikka eli allekirjoituksen aitous piti paikkansa. Tämä on koko sähköisen asioinnin kulmakivi – ei yksin pankkimaaailmassa vaan yhä

laajenevasti yhteiskunnassa muutoinkin. Siihen nähden HD:n ratkaisu on käsitteellisesti merkittävä; siinä myös tuotiin esiin oikeastaan kaikki ajateltavissa olevat väitteet. Toisaalta tilanne voidaan selittää kyllä myös siirtyvän todistustaakan konstruktiolla. Siirtynyt taakka – tai presumption kumoaminen – edellytti kuitenkin tässä tapauksessa vain oletettava-vyöhykkeen vahvuista näyttöä. Sitäkään ei nyt ollut esittää.

Sama kysymys voidaan esittää tässä kuin Eurocard-jutussakin. Jos SI olisi onnistunut esittämään antagligt-vyöhykkeelle yltävää näyttöä siitä, että hänen kehittyntä sähköistä allekirjoitustaan oli käytetty luvatta, mikä olisi ollut yhtiön tälle todistelulle esittämän vastanäytön kynnys? HD toteaa vain, että yhtiön olisi sen jälkeen pitänyt esittää näyttöä asiakirjan aitoudesta, ja viittaa ratkaisuunsa NJA 1992 s. 263 eli juuri Eurocardiin, mutta ei sano uudesta kynnuksesta. Ajattelisin tässä samoin kuin Eurocardissakin: kynnys on normaali eli styrkt. Mahdollinen presumptio on häivytetty pois, ja ”kenttä on vapaa”. Lopputulokseen ei ymmärtääkseni ole merkitystä sillä, että tilannetta tarkasteltaisiin siirtyneen todistustaakan kautta.

7.2.5 Legaalinen presumptio yhteisestä teemasta – vai sittenkin eri teemat?

Presumption perusmalli määriteltiin niin, että helpponäyttöisemmällä teemalla F_1 näyttöhelpotusta saava asianosainen saa aikaan presumption vaikeanäyttöisemmän seikan F_2 olemassaolosta. Presumptio voisi olla kuitenkin konstruoitu myös niin, että molemmilla asianosaisilla on sama teema, tarkemmin toisella teema F_3 ja toisella eli vastapuolella teema ei- F_3 .

Käytännössä usein sovellettu, universaali legaalinen presumptio koskee eri muodoissa tapahtunutta syrjintää, kuten yhdenvertaisuuden¹²²⁴ tai miesten ja naisten välistä tasa-arvon¹²²⁵ loukkaamista. Näyttövelvollisuus on konstruoitu niin, että loukatuksi tai syrjityksi itsensä tuntevan on esitettävä ”selvitystä” tai ”tosiseikkoja” loukkauksen tai syrjinnän tapahtumisesta. Jos hän onnistuu, syntyy syrjintäoletta. Vastapuolen, kuten työnantajan tai viranomaisen, on tällöin näytettävä toteen, että riidan kohteena oleva toimenpide, esimerkiksi työsopimuksen päättäminen, ei ole ollut syrjivä, vaan siihen on ollut laillinen

1224 Yhdenvertaisuuslaki 28 §: Vireillepanijan on syrjintää tai vastatoimia koskevaa asiaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa käsiteltäessä esitettävä selvitystä seikoista, joihin vaatimus perustuu. Jos asiaa käsiteltäessä esitettyjen selvitysten perusteella voidaan olettaa syrjinnän tai vastatoimien kieltoa rikotun, vastapuolen on kumotakseen oletuksen osoitettava, että kieltoa ei ole rikottu. Mitä tässä pykälässä säädetään, ei sovelleta rikosasian käsittelyssä.

1225 Laki miesten ja naisten välisestä tasa-arvosta 9 a §: Jos joku, joka katsoo joutuneensa tässä laissa tarkoitettun syrjinnän kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Säännöstä ei sovelleta rikosasian käsittelyssä.

peruste. Rakenteessa siis helpommin näytettävä seikka luo presumption, jonka vastapuoli voi näytöllään kumota.

Onko siis kysymyksessä yhteinen, sama teema?

Kysymystä yhteisestä teemasta koskettaa ratkaisu NJA 2006 s. 170, jossa pohdittiin yhteisen teeman mahdollisuutta ruotsalaisittain. Jutussa viitattiin myös Eurocard-ratkaisuun, joka näyttää siis olevan antoisa. Eurocard-ratkaisussa ei tosin ollut kysymys syrjinnästä, vaan saman vaatimuksen eri rahamääristä. Niin voisi käsittääkseni väittää olleen asianlaita, jos *kummankin* asianosaisen teemaksi konstruoidaan 'vaatimuksen määrä' ja lähdetään siitä, että velallisen on näytettävä se kynnyksellä 'antagligt', yhtiön kynnyksellä 'styrkt'. Näinhän Eurocardissa ei edellä olevan tulkintani mukaan ollut – eikä yleensääkään ole, silloin kun määrän suuruudesta on kiista: jo tämä tekee teemat erilaisiksi.

Kysymys ratkaisussa NJA 2006 s. 170 oli syrjintäolettamasta. HD sovelsi Ruotsin tuolloista syrjintälakia¹²²⁶ Sen 21 §:ssä oli todistustaakkasäännös, joka vastasi rakenteeltaan suomalaisia tasa-arvolain 9a §:ää ja yhdenvertaisuuslain 28 §:ää. Myös sen mukaan sen, joka väitti itseään syrjityn, tuli esittää (visa) seikkoja, joiden perusteella voitiin olettaa hänen joutuneen syrjityksi, ja vastaajan tuli näyttää, että syrjintää ei ollut tapahtunut.

HD lausui muun ohella seuraavaa.

”Det framgår inte klart av förarbetena till diskrimineringslagen vilket slag av bevisbörderegler som 21 § ger uttryck för utan endast att bevisbördan är ”delad” mellan parterna. Bestämmelsen, liksom motsvarande bestämmelser i övrig diskrimineringslagstiftning, motsvarar en fördelning av bevisbördan som redan tidigare tillämpades i vissa arbetsrättsliga tvister.

Det har i litteraturen gjorts gällande att de aktuella reglerna om bevisbörda bör tillämpas som bevispresumtioner, dvs. med en presumerande omständighet som skiljer sig från den omständighet som skall motbevisas, den presumerade omständigheten. Det har anförts att det logiskt eller i vart fall förnuftsmässigt uppstår svårigheter om man ser en bevisbörderegler som en regel om delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum, dvs. existensen respektive icke-existensen av faktumet, vilket kan medföra att all bevisning kommer att värderas i ett sammanhang och att i praktiken den avsedda bevislättningen då inte uppnås. (Jfr t.ex. Malmberg, Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten, Förhandlingarna vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik 18-20 augusti 2005 och JT 2001-02 s. 804 ff. samt Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 2005 s. 117 ff. och Lindell, Civilprocessen 2 uppl. s. 503.)

1226 Lagen om förbud mot diskriminering 2003:307.

Med hänsyn till invändningar av detta slag och till att lagens ordalydelse tillåter det, bör 21 § diskrimineringslagen tolkas som en presumptionsregel. Vilka omständigheter som är presummerande får bestämmas vid rättstillämpningen i det enskilda fallet.”

Sen kannan tueksi, että molemmilla asianosaisilla ei voi olla sama teema, Diesen¹²²⁷ on viitannut Ekelöfin¹²²⁸ kantaan ja myös Edelstamin ja Heumanin lausumaan ratkaisusta NJA 2006 s. 170.¹²²⁹ Diesen toteaa, etteivät ratkaisut ole yhtäläisiä tässä mielessä, koska vuoden 2006 ratkaisussa ei ole kysymys massajutusta, vaan työoikeudellisesta riidasta, johon liittyy lain presumptiosääntö. Tämä juttu osoittaa hänen mukaansa kuitenkin, että jos mahdollista, presumoivalle ja presumoitavalle seikalle tulee asettaa eri todistusteema.¹²³⁰

Oman näkemykseni mukaan ratkaisussa NJA 2006 s. 170 oli kysymys yksinkertaisesti syrjintäkanteen¹²³¹ normaalista presumptiolla luodusta todisteluhelpotuksesta: ensin syrjimistään väittävän on tehtävä todennäköiseksi, että vastapuolen menettely on ollut omiaan syrjimään häntä, mikä luo syrjintäolet-taman, ja kumotakseen sen syrjiäksi väitetyn on näytettävä toteen, että sil-lä on ollut menettelyynsä asiallinen syy. Todistusteemat ovat jo säädösten tasolla erilaiset – työntekijän perimmäinen teema on ”X syrji minua” mutta riittää, että hän tekee sen ’on omiaan’ -tasolla todennäköiseksi, ja tämän presumpti-on syntymisen jälkeen vastapuolen on näytettävä toteen teema ’asialliset syyt’. Presumptioon saakka ei edes päädytä, jos syrjintää väittävä ei onnistu ensin omassa todistelussaan. Tässä teemojen erilaisuudessa näkyy ero siirtyvään to-distustaakkaan. Perusajatus näyttäisi olevan yleispätevä oikeusjärjestelmästä riippumatta,¹²³² mikä selittynee osin sillä, että syrjinnän kieltämistä ja siihen liittyvää sanktiomenettelyä koskevat kansalliset lait perustuvat pitkälti kansain-välisiin sopimuksiin ja EU-oikeuteen.

1227 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 292.

1228 Viittaus on jossain määrin tulkinnanvarainen, mutta Ekelöfin oma kanta näkyy esimerkiksi teoksesta Ekelöf 1982, s. 93 – 94 (Diesen mainitsee tosin sivun 92.). Ekelöf käyttää esimerkkinä sopimuskumppanista, joka väit-tää olleensa ’omyndig’ sopimuksen tekoheikkä, ja vastapuolesta, joka väittää, ettei näin ollut asia. Ekelöfin kanta, ettei näin voi olla, käy mielestäni selvästi esille. Ekelöf esittää kantansa todistustaakan jakoteorioita esitellessään ja vieläpä tuodessaan Suomen vuoden 1948 OK 17:1:n sisältöä (”kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Jos vastaaja edukseen tuo esiin jonkin seikan, on hänenkin vahvistettava se todisteilla”). Ekelöf sijoittaa tämän sellaisten todistustaakan jakoperusteiden ryhmään, joita luonnehtii sanomalla, että ”vissa principer för bevisbördans innehåll saknar helt gripbart innehåll”.

1229 Diesen viittaa teoksen Ekelöf – Edelstam – Heuman, Rättegång IV uusimpaan painokseen, jonka vuonna 2012 on täytynyt olla vuoden 2009 painos eli edelleen uusin. Sivuilla 92 – 93 (!) käsitellään saman todis-tusteeman jakamisen ongelmallisuutta.

1230 Diesen teoksessa Diesen – Strandberg 2012, s. 292.

1231 Kysymys ei ollut työoikeudellisesta riidasta, kuten Diesen erehdyksessä on sanonut, vaan siitä, oliko palve-luntarjoajan menettely asiakkaita kohtaan merkinnyt syrjintää seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Ravintolanpitäjä oli poistattanut ravintolastaan kaksi naista, kun nämä olivat suudelleet toisiaan. Presump-tiorakenne on kuitenkin mutatis mutandis sama kuin esimerkiksi työntekijän työnantajan taholta kohtaa-massa syrjinnässä.

1232 Vrt. myös common law –versioita edellä jakson ’ Esittämisen ja vakuuttamisen taakat’ kohdassa 4.4.5 mai-nitut ratkaisut *McConnell v. Green* ja *Texas v. Burdine*.

Yhdenvertaisuuslaissa tosin väitetysti syrjineen asianosaisen teemaksi mainitaan, että hänen tulee osoittaa, ettei syrjintäkieltoa ole rikottu. Tämä tarkoittaa kuitenkin, että hänen tulee osoittaa toimelleen laillinen, sallittu peruste, jonka olemassaolo on siis hänen oma todistusteemansa.

Jos olen ymmärtänyt oikein, yhteisen teeman ongelmassa on oikea ydin, mutta se ei tule esille kummassakaan ratkaisussa. Esitän oletuksena, että todistustaakka määrätystä riittäisistä seikasta kuuluu viime kädessä aina jommallekummalle, ja jos tilanne analysoidaan riittävän pitkälle, teemat voidaan erottaa toisistaan. Esimerkiksi tilanteessa, jossa vain saatavan määrästä on riitaa, asianosaisten kannat voidaan konstruoida eri teemoiksi. Tämä tapahtuu viime kädessä käytännössä kysymällä vastaajalta, kuinka paljon tämä katsoo olevansa valmis maksamaan. Mitä taas tulee Ekelöfin esimerkkiin alaikäisestä sopimuskumppanista, näyttövelvollisuus ei oikeastaan edellyttänyt turvautumista vanhaan OK 17:1:ään, vaan lienee selvinnyt virka- tai holhoustodistuksesta.

7.2.6 KKO 2003:86: Hallinta luo omistajaolettaman ja miten se kumotaan

Ennakkopäätös koski tilannetta, jossa A:n veloista oli ulosmitattu vene ja sivullinen B (A:n avopuoliso) väitti ulosmittausvalituksessaan venettä omakseen. Kysymys oli siis tuolloisen UL 4:10.1:n mukaisesta sivullisen väitteestä.¹²³³ KO ja HO hylkäsivät B:n valituksen. KKO selosti ja arvioi jutussa siihen mennessä esitettyä näyttöä ja katsoi, että sen mainitsemat seikat horjuttivat B:n omistusoikeutta tukevaa näyttöä siten, ettei B ollut sillä vielä näyttänyt omistusoikeuttaan toteen.¹²³⁴ KKO palautti jutun HO:een sen epäämän pääkäsitteilyn toimittamiseksi B:n siellä tarjoaman lisänäytön vastaanottamista varten. KKO:n ratkaisu myös pääasian osalta perustui äänestykseen. Kaksi jäsentä, Koskela ja Taipale, olivat näytön harkinnassaan sitä mieltä, että omaisuus ja sen surrogaatti kuuluivat sivulliselle B:lle.

¹²³³ Tuolloin voimassa olleen UL 4:10.1:n ensimmäisen virkkeen ilmaiseman omistajaolettaman mukaan sivullisen väite ei estänyt velallisen hallinnassa olevan omaisuuden ulosmittausta, ellei tämä voinut *heti todistaa* omistusoikeuttaan. Lainkohdassa tarkoitettu ulosmittaus mahdollisen keinotekoisien järjestelyjen tilanteessa on nykyään säännelty UK 4:14:ssä. UK 14:4.2: n mukaan ulosmittausta ei saa toimittaa, jos järjestyksessä mukana oleva sivullinen *saattaa todennäköiseksi*, että ulosmittaus loukkaa hänen todellista oikeuttaan. (kursivointi JR)

Jutussa on toisena juonteena kysymys valinnasta kahden eri prosessimuodon eli ulosottovalitusprosessin ja täytäntöönpanoriitakanteen välillä. UL 9:6.1:n mukaan ulosottomiehen tai tuomioistuimen oli ulosottoasiassa annettava osoitus täytäntöönpanoriitakanteen nostamiseen, jos ... (nykyisin UK 10:7). B oli KKO:n mukaan kyllä esittänyt ”todennäköisiä perusteita” omistusoikeudelleen. Palauttaessaan jutun HO:een sen epäämän pääkäsitteilyn toimittamiseksi KKO:n enemmistö katsoi, ettei syytä osoituksen antamiseen ollut, ”koska ulosottovalitusta käsiteltäessä vielä on saatavissa sanottua selvitystä”. Kun vene oli tullut jo pakko- huutokaupalla myydyksi, asiassa oli kuitenkin enää kysymys paremmasta oikeudesta veneen kauppahintaan, se totesi. Yksi jäsen (Häyhä) otti selkeästi kantaa täytäntöönpanoriitakanneosoituksen hyväksi.

¹²³⁴ Lindfors 2003, s. 203 on katsonut ratkaisun osoittavan, että käytännössä ulosottovalitusasioissa näyttökynnyksen asetetaan varsin korkealle ”erityisesti alemmissa oikeusasteissa”.

Arvioin ratkaisua, jossa (eriävine lausuntoineen) esiintyy myös ”välitilinpäätöksiä” ja niistä kertovaa todistustaakkaa ja jossa sivutaan myös övervikt-periaatetta, seuraavasti.

Ratkaisussa on, mahdollisen övervikt-periaatteen ilmenemisen lisäksi, esimerkki eräänlaisesta, sinänsä harvinaisesta todistusharkinnan ”välitilinpäätöksestä”, jota jutun komplisoitu asetelma edellytti ja joka ilmenee hiukan eri tavoin kaikista kolmesta versiosta eli KKO:n lopputuloksen takana olevien Aarnion ja Mansikkamäen, eri mieltä prosessilajista olleen Häyhän ja kahden jäsenen vähemmistön Koskelon ja Taipaleen lausumista. Aarnio ja Mansikkamäki ottivat kantaa siihen, miten vahva näyttö jutussa oli tuohon mennessä esitetty, ja katsoivat, että se ei ollut riittävää; asianosaisen oli kuitenkin saatava tilaisuus esittää relevantti lisänäyttö, jonka HO oli torjunut. Häyhä taas katsoi B:n esittäneen todennäköisiä perusteita omistusoikeutensa tueksi, mutta ”omistusoikeuden tueksi jo esitettyihin ja sitä vastaan puhuviin seikkoihin nähden” hän katsoi ilmeiseksi, ettei riittävää selvitystä asian ratkaisemiseksi voitu saada ulosottomenettelyssä. B:lle olisi näin ollen tullut antaa osoitus nostaa KO:ssa täytäntöönpanoriitakanne. Koskelo ja Taipale taas arvioivat esitetyn näytön (kauppakirjan sisältö, selvitys kauppahinnan maksamisesta, selvitys B:n rahoituskyvystä, ”muu edellä mainittu” selvitys) ja muodostivat presumption, että B on riittävästi näyttänyt omistusoikeutensa; *presumptio* olisi ollut kuitenkin kumottavissa, jos muu näyttö osoittaisi veneen kuitenkin hankitun A:n lukuun. Sellaisia ei kuitenkaan ollut ilmennyt veneen käyttöön tai hallintasuhteisiin liittyen. B:n omistusoikeuden tueksi esitettyyn selvitykseen nähden he katsoivat, etteivät asiassa esiin tuodut vastaseikat olleet sen laatuksia, että niiden perusteella voitaisiin katsoa veneen kuuluneen A:lle.

Myös KKO:n kannan muodostanut versio voidaan nähdä liukuvalla asteikolla, jossa todistusharkintapiste on liikkunut kohti todistustaakkapistettä, mutta kohdattuaan vastuksia ei ole sitä (”vielä”) saavuttanut (”Korkein oikeus katsoo, että viimeksi mainitut seikat horjuttavat B:n omistusoikeutta tukevaa näyttöä siten, ettei B ole sillä vielä näyttänyt omistusoikeuttaan toteen.”).¹²³⁵

Koskelo ja Taipale ovat siis UL 4:10.1:n ensimmäisen lauseen mukaisesti katsoneet, että sivullinen B oli (heti) näyttänyt omistusoikeutensa toteen. Näyttövelvollisuushan on lain säännöksellä määrätty sivulliselle eli B:lle; A:lla siten ei ole lähtökohtaista todistustaakkaa lainkaan. Näytön arvioinnin lopputulosta eli B:n omistusoikeutta Koskelo ja Taipale eivät nimenomaisesti enää lausu, vaan todistusharkinnan johdtopäätös jää sen varaan, että näytön arvioinnin pohjalta luotu *presumptio* ei tullut kumotuksi.

1235 Kursivointi tässä.

Voitaisiin sanoa myös niin, että presumption luomisella kerrotaan dynaamisen todistustaakan tuossa vaiheessa siirtyneen: B:n on näyttänyt riittävästi omistusoikeutensa, mutta vielä on näyttöä arvioimatta. Tämän jälkeen punnitaan eräitä indisioita, jotka saattaisivat horjuttaa olettaa tai näyttöharkinnan välitilinpäätöstä. Ne eivät siihen pystyneet, vaan siirtynyt todistustaakka ratkaisi jutun.

Presumption muodostaminen on siis ollut harkintaprosessin kulun kuvausta, tavallaan kurkistus tuon prosessin sisään. Dynaamisen näyttövelvollisuuden siirtyminen tarkoittaa käytännössä samaa.

Ratkaisu sivuaa myös övervikt-periaatetta: kahdesta vaihtoehdosta valitaan todennäköisempi. Koskelon ja Taipaleen lausumissa yksittäisten todistustositseikkojen punnintalausumat on kirjoitettu sillä tavoin, että niiden voi tulkitua tukevan suuremman todennäköisyyden periaatteen soveltamista. Sinänsä övervikt-periaatteen soveltaminen ei ole mitenkään este käyttää ilmaisua, että henkilö on ”näyttänyt” tietyn seikan.

Toisaalta tapauksesta voisi sanoa näkyvän myös se, ettei övervikt-periaate ole ristiriidassa sen kanssa, että lainsäätaja asettaa tiettyjä pelisääntöjä siitä, kumman on näytettävä jokin seikka toteen. Tämä oli Boldingin argumentti sitä väitettä kohtaan, että övervikt-periaate johtaisi siihen, että ratkaisu voitaisiin perustaa puhtaaseen arvaukseen. Bolding esitti¹²³⁶, että epävarmuus oli todistustaakkasääntöä sovellettaessa yhtä suuri, sen alue ei vain ollut keskellä asteikkoa vaan toisaalla. Ekelöf piti Boldingin väitettä vääränä oikeustositseikkojen suhteen, jotka tyypillisesti ovat hyvin vaikeita näyttää toteen. Ekelöfin mielestä näiden kohdalla voi nimittäin lähteä siitä, että todistusarvopiste on yleensä lähellä asteikon keskiosaa.¹²³⁷ Ehkä tämänkin jutun asetelmasta voi sanoa, että omistusoikeuden oikeustositseikasto oli ’vaikea’ näyttää toteen ja sen todistusarvopiste on ’yleensä lähellä asteikon keskiosaa’.

Lainsäätaja laski sittemmin sivullisella omistusoikeudestaan olevaa näyttökynnystä: riittää, että hän tekee todennäköiseksi, että ulosmittaus loukkaa hänen todellista oikeuttaan.

7.2.7 Vero- ja rikosoikeudellisesta presumptiosta

Oman ryhmänsä muodostavat vero- ja rikosprosessuaaliset tai vastaavanlaisen sanktiointiin liittyvät presumptiot. Tyypiesimerkki tällaisesta on veronkorotusmekanismi. Jos verottaja ei voi panna verotuksen pohjaksi verovelvollisen omaa ilmoitusta, vaan pitää ilmoitusta laissa kuvatulla tavalla virheellisenä tai puutteellisenä, se voi määrätä veronkorotuksen.¹²³⁸ Tämän EIT on tunnetus-

¹²³⁶ Bolding 1951, s. 104.

¹²³⁷ Ekelöf 1952, s. 225.

¹²³⁸ Verotusmenettelystä annetun lain 32 §:ssä säädetään tarkemmin veronkorotuksen määrittämisen edellytyksistä.

ti rinnastanut rikosoikeudelliseen seuraamukseen ne bis in idem -periaatteen kannalta, mikä johti meilläkin aikanaan monivivahteiseen oikeuskäytäntöön. Korotuksen alkuperäinen määrääminen ei perustu varsinaiseen oikeudenkäyntiin, eikä korotuksen määräämisen edellyttämän näytön kynnys ole brd. EIT on eräissä Ruotsista lähteneissä jutuissa katsonut, että kysymys on presumptiosta: jos verottaja näkee ilmoituksessa (anteeksiantamattomia) ristiriitaisuuksia, se presumoi niiden johtuvan verovelvollisesta ja täyttävän korotuksen määräämisen kriteerit.

Rikosjutuissa presumptioiden käyttö syytteen tueksi on herkästi törmäyskurssilla syyttömyysoletaman kanssa, ja niiden käyttö onkin harvinaista. EIT kuitenkin hyväksyy rikosoikeudelliset lailliset presumptiot tietyin ehdoin: ne eivät saa ylittää järkeviä rajoja eivätkä asettaa vastaajaa kohtuttomaan tilanteeseen. Hänellä tulee olla mahdollisuus puolustautua ja kumota oletama.¹²³⁹ Samoin EU sallii legaaliset presumptiot rikosjutuissa tietyillä ehdoilla: niiden käyttämisen tulee pysyä ”kohtuuden rajoissa” siten, että otetaan huomioon asian merkitys ja säilytetään oikeus puolustukseen, ja keinojen käytön olisi oltava ”asianmukaisessa suhteessa niillä tavoiteltuun oikeutettuun päämäärään nähden”. Olettaman olisi oltava kumottavissa ja niitä ”saisi joka tapauksessa käyttää vain sillä edellytyksellä, että oikeutta puolustukseen kunnioitetaan.” Näissä puitteissa syyttömyysoletamaa ei loukattaisi.¹²⁴⁰

Presumptioiden yhteydessä voi rikosasioissakin esiintyä erilaisia rakenteita¹²⁴¹ näyttökynnyksen kannalta: presumoiva seikka voi edellyttää vain bop-näyttöä, ja jos se onnistuu, vaikeammin näytettävä, oikeastaan brd-näyttöä edellyttävä, tulee näytetyksi toteen.

Jutussa *Salabiaku v. Ranska* oli kysymys usein esimerkkinäkin käytetystä tilanteesta, jossa henkilö toi ”vihreätä linjaa” pitkin maahan huumeita ja väitti olleensa tietämätön matkatavaran sisällöstä. EIT lausui näin:

”... Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. If ...paragraph 2 of Article 6 (art. 6-2) merely laid down a guarantee to be respected by the courts in the conduct of legal proceedings, its requirements would in practice overlap with the duty of impartiality imposed in paragraph 1 (art. 6-1). Above all, the national legislature would be free to strip the trial court of any

1239 Ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 499 – 500.

1240 EU:n syyttömyysolettamadirektiivin 201/343 alkulause 22.

1241 Todistustaakan käsittelyn yhteydessä olen viitannut hätävarjelu- ja pakkotila-tilanteisiin: syytetyllä on tietynasteinen velvollisuus tehdä väitteensä todennäköiseksi, minkä jälkeen syyttäjän on näytettävä väite paikkansapitämättömäksi. Nämä tilanteet voidaan nähdä myös presumptioina, mutta ne poikkeavat presumption ”perustustyyppistä” siinä, että sekä syytetyn että syyttäjän näyttövelvollisuus kohdistuu (yleensä) samaan probandaan eli anteeksianto- tai vastuuvapausperusteeseen – joka tosin voi olla komplisoitu teema sekin.

genuine power of assessment and deprive the presumption of innocence of its substance, if the words "according to law" were construed exclusively with reference to domestic law. Such a situation could not be reconciled with the object and purpose of Article 6 (art. 6), which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law ...

Article 6 § 2 does not ... regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence..."¹²⁴²

Samoin lausuttiin jutussa *Janosevic v. Ruotsi, jossa oli kysymys verokorotuksesta (2002) kohdat 100 ja 101*:

"Consequently, the starting-point for the tax authorities and courts must be that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributable to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose a tax surcharge as a penalty for that act. The Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut...

Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved."¹²⁴³

EIT:n mukaan siis rikosoikeudellisetkin presumptiot ovat "acceptable in principle, if applied reasonably proportionate to the aim" ja veronkorotustapauksessa "that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributed to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose tax surcharges as a penalty for that act"¹²⁴⁴.

Erityisesti Isossa-Britanniassa suhtauduttiin aluksi pelokkaasti EIT:n vaatimukseen siinä suhteessa, täyttivätkö maan rikosoikeudelliset säädökset, joihin sisältyi runsaasti presumptioita syytetyn vahingoksi, EIS:n vaatimukset.¹²⁴⁵ EIT:n kanta oli ilmeisesti helpotus.

¹²⁴² Salabiaku v. Ranska 1988, kohta 28. – Salabiaku itse piti presumptiota "melkein kumoamattomana".

¹²⁴³ Janosevic v. Ruotsi, 2002 kohta 101.

¹²⁴⁴ Lucky Dev v. Ruotsi (2014) kohta 67.

¹²⁴⁵ Ks. esimerkiksi Dennis 2002, s. 386 – 389. Englannissa tuli vuonna 1998 voimaan Human Rights Act, jonka 3 ja 4 § sisältävät säännöksiä säädetyin lain tulkitsemisesta yhdensuuntaisesti EIS:n normien kanssa ja lain säännöksen mahdollisen ristiriidan toteamisesta EIS:n normien suhteen.

Andreas Geipel luettelee melkoisen joukon erilaisia tilanteita, joissa hän katsoo luovutun todistusharkinnan vapaudesta.¹²⁴⁶ Osa hänen esimerkeistään on johdettu Saksan lainsäädännöstä¹²⁴⁷ tai perustuu ”tuomarioikeuteen”¹²⁴⁸, osa taas lähinnä BGH:n yksittäistapauksissa antamista ratkaisuista ja niissä tekemistä lausumista¹²⁴⁹. Geipel antaa ymmärtää, että näissä jälkimmäisissäkin on kysymys (pakottavasta) todistussäännöstä, ei näytön arvioimisen periaatteesta. Näiden joukossa on epäilemättä myös ohjauksia tai obitereita, jotka voi lukea presumptioiksi, tuskin kuitenkaan kumoamattomiksi.¹²⁵⁰ Geipelin luettelemat ”säännöt” ovat joko lakiin kirjattuja olettamia tai enemmän tai vähemmän vahvoja faktisia olettamia, tai sitten suoranaisia legaalisen todistusteorian sääntelyä muistuttavia lain säännöksiä.¹²⁵¹ Joidenkin hänen esimerkkiensä kohdalle voi piirtää kysymysmerkin, onko kysymys lainkaan mistään olettamasta, vaan vain *ad hoc* lausutusta harkinta- tai päättelyperusteesta, jolle ei ole tarkoitettukaan laajempaa kantavuutta. Asiallisesti kysymys on paljolti käytännön ”peukalosäännöistä”, joita meilläkin noudatetaan jo niin sanotun terveen järjen perusteella ilman, että todistusharkinnan vapauden tunnettaisiin tuolta kohdalta luhistuvan.

7.3 Tunnustamisesta

Vuoden 1948 OK 17:4.1:n mukaan¹²⁵² ”jos asianosainen on asiassa, jossa sovinto on sallittu, oikeudessa tunnustanut jonkin seikan, niin tunnustus on hänen osaltaan sitova. Jos asianosainen peruuttaa tunnustuksen, tutkikoon oikeus, asianosaisen peruutuksen syyksi esittämien perusteiden ja muiden asianhaarain nojalla, mikä vaikutus tunnustuksella todisteena on oleva.” Toisen momentin

1246 Geipel 2008, s. 169 – 175.

1247 Geipel 2008, s. 169; esimerkiksi §:t 274 ja 190 StPO.

1248 Esimerkiksi autonkuljettaja, jonka veressä on 1.1 promillea alkoholia, ei missään tapauksessa ole ajokuntoinen; Geipel 2008, s. 169 – 170.

1249 Esimerkiksi kun todistaja todistaa syytettyä vastaan pyrkimyksensä saada lievennystä omaan rangaistukseensa; uudistetulle tunnustamiselle annetaan vain rajoitettu todistusarvo; todistajan lausumille ei voida myöskään alussa antaa suurempaa näyttöarvoa kuin syytetyn lausumille; kun virkamiehet kuvaavat vaikutelmiaan jne; Geipel 2008 s. 171 – 175.

1250 Aika lähellä vanhaa OK:n kumoamatonta olettamaa kihlakunnanoikeuden pöytäkirjan oikeellisuudesta on kuitenkin StPO 274 §: ”Die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.”

1251 StPO 190 § (Wahrheitsbeweis durch Strafurteil): ”Ist die behauptete oder verbreitete Tatsache eine Straftat, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Tat rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.”

1252 Tunnustamisesta lain vanhan sanamuodon pohjalta siviiliprosessin osalta Halila 1950, esim. s. 66 -67, 82 ja 86; Lappalainen 2001, s. 148 – 157; rikosprosessin osalta Tirkkonen 1972, s. 136 – 137; Halijoki 2004, s. 791 – 817.

mukaan ”jollei asia ole sellainen, kuin 1 momentissa on sanottu, tutkikoon oikeus, mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella todisteena on oleva.”

Vuoden 1948 säännöstä annettaessa ei tunnettu muita kvalifikaatioita kuin seikan dispositiivisuus. Sisällöltään ”mahdottomat, notorisesti väärät tai muuten selvästi ja riidatta totuudenvastaiset” seikat on kuitenkin oikeuskirjallisuudessa rajattu vanhan lainkohdan terminä käyttämän sitovuuden ulkopuolelle.¹²⁵³

Lappalainen, joka käsittelee laajasti sanottua lainkohtaa, katsoo,¹²⁵⁴ että tunnustus on ”pikemminkin ’todistelun korvike’ kuin sellainen todiste, jonka todistusvoima riittää osoittamaan tunnustetun seikan todeksi.” Tämä ymmärtääkseni pitää paikkansa. Asianosaisilla voi olla tarve myöntää oikeaksi seikkoja, vaikka he tietäisivät, etteivät ne sitä ehkä ”tarkkaan ottaen” olekaan. Ajatusta tukee nähdäkseni myös jo se, että tunnustus voidaan kaikissa tilanteissa peruuttaa. Ajatus siitä, että kerran todettu seikan totuus voitaisiin peruuttaa on hankala; tahdonilmaisun peruuttaminen on helpommin ymmärrettävissä. Tällöin tahdonilmaisun todistusvoima tulee arvioitavaksi normaalissa todistusharkinnassa.

Nykyisessä OK 17:5:ssä tunnustamisen sääntely on liitetty notorisen seikan sääntelyyn ja on seuraava: ”Yleisesti tunnetusta seikasta näyttö ei ole tarpeen. Riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, näyttö ei myöskään ole tarpeen asianosaisen tunnustamasta seikasta tai seikasta, josta asianosaiset ovat yksimielisiä. Jos tunnustus on annettu riita-asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, tai rikosasiassa taikka jos asianosainen peruuttaa 2 momentissa tarkoitetun tunnustuksensa, tuomioistuimien harkitsee, mikä vaikutus tunnustuksella tai tunnustuksen peruuttamisella on todisteena.”

Sanamuotoa on siis muutettu melkoisesti: aineelliseen velvoiteoikeuteen viittanut ilmaisu ’sitovuus’ on jätetty pois ja huomio on keskitetty todistusoikeuteen, kuten OK 17 luvun luonteeseen kuuluukin, eli kysymykseen todistelun tarpeellisuudesta.¹²⁵⁵ Nimenomaisen tunnustuksen lisäksi todistelun tarpeellisuuden poistaa dispositiivisessa riita-asiassa asianosaisten todettu yksimielisyys. Muuta asiallista muutosta ei ole tarkoitettu tehdä.¹²⁵⁶ Viittaus asianosaisten

¹²⁵³ Lappalainen 2011, s. 149.

¹²⁵⁴ Lappalainen 2001, s. 145.

¹²⁵⁵ Näin on päästy eräästä tarpeettomasta ongelmasta. Vanhan sanamuodon aikana oikeuskirjallisuudessa oli kannanottoja, joiden mukaan esimerkiksi apotosiseikkoja ja kokemussääntöjä ei voinut tunnustaa. Keskustelusta Lappalainen 2001, s. 151; myös Lindell 1987, s. 530 – 531. Uuden sanamuodon valossa näiden tunnustamiseen ei nähdäkseni ole enää estettä. Jopa oikeussäännön paikkansapitävyys ja oikea tulkinta voidaan mielestäni ”tunnustaa” paikkansapitäväksi. Tämä olisi parannus, varsinkin jos käytännössä onnistuttaisiin pääsemään siihen, että asianosaiset jo kanteessaan ja vastauksessaan esittäisivät perustellut näkemyksensä oikeussäännösten valinnasta ja tulkinnasta. Ks. tästä Liljenfeldt – Korhonen 2011, s. 709 – 710 ja 716. Siinä asiaa käsitellään hovioikeuden näkökulmasta, mutta samat ajatukset soveltuvat myös käräjäoikeuden osalle (ehkä vielä osuvammin).

¹²⁵⁶ Todistelutoimikunta 69/2012, s. 79: ”Pykälän 2 ja 3 momentti vastaisivat asiallisesti voimassa olevaa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 4 §:ää. Riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, tunnustettu seikka asetettaisiin sellaisenaan ilman todistelua tuomion perustaksi. Jos tällaisessa asiassa annettu tunnustus peruutettaisiin tai tunnustus annettaisiin rikosasiassa tai riita-asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, tuomioistuin harkitsi, mikä vaikutus tunnustuksen peruuttamisella tai tunnustuksella on todisteena. Notorisesta seikasta ja

todettuun yksimielisyyteen kohdistunee suoraan riita-asian valmisteluistuntoon, jossa on säädetty selvitettäväksi muun ohella se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19, kohta 2).

Peruuttamisen osalta säännöksen sanamuoto ei ole aivan onnistunut.¹²⁵⁷ Sanamuodon kaksitulkintaisuudella ei kuitenkaan ole nähdäkseni käytännön merkitystä. Vaikka peruuttamisesta ei laissa lausuttaisi minkään tilanteen kohdalla, sen merkitys tulisi joka tapauksessa vapaan todistusharkinnan periaatteen mukaisesti arvioitavaksi todistusharkinnassa – kuten minkä tahansa oikeudenkäynnin aikana esiin tulleen seikan ja myös rikosasian tunnustuksen peruuttamisen on tähänkin saakka katsottu tulevan.

Tunnustamisella on suora yhteys todisteluun ja todistusharkintaan. Se on eräitä harvoja sääntöjä, joita lainsäätäjä on antanut normin tietyn todistuskeinon vaikutuksen arvioimisesta eikä jättänyt sitä kokonaan vapaan todistusharkinnan piiriin. Perusajatuksena on, että tunnustuksen kohteena olevaa seikkaa voidaan dispositiivisessa riita-asiassa pitää totena eli paikkansapitävänä. Seikan todistusvoima teeman kannalta jää kuitenkin tuomioistuimen vapaaseen harkintaan, kuten minkä tahansa muunkin riidattoman seikan. Näiltä osin sääntelyn sijoittaminen notorisen tosiseikan kanssa on luontevaa. Indispositiivisissa riita-asioissa ja rikosasioissa asianosainen ei voi samassa määrin ”disponoida totuudesta”, joten lainsäätäjä on jättänyt tunnustuksen – ja sen peruuttamisen – merkityksen vapaan todistusharkinnan piiriin, joskin nimenomaisella säännöksellä. Tämä koskee sekä tunnustuksen merkitystä sekä tunnustetun seikan aineellisen paikkansapitävyyden kannalta että kyseisen seikan todistusvoimaa teeman kannalta.

tunnustuksesta ks. myös OMSO 65/2012 s. 12.” – HE:ssä 46/2014 s. 52 sanan ”asiallisesti” tilalla on sana ”pääosin” ja sanajärjestyksestä oli muutettu, sillä HE:ssä 2 momenttiin lisättiin sanat ”tai seikasta, josta asianosaiset ovat yksimielisiä”. Lisäystä perusteltiin näin: ”Käytännössä oikeudenkäynnissä ei välttämättä kumpikaan asianosainen tunnusta seikkaa, mutta heillä ei ole kuitenkaan erimielisyyttä seikan totuudenmukaisuudesta. Tuomioistuimessa ei tällöin käytännössä esitetä todistelua riidattomista seikoista. Tuomioistuimen tulee riita-asian valmistelussa selvittää muun ohella se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5 luvun 19 §:n 2 kohta). OK 24:4:n mukaan puolestaan riitaisen seikan osalta tuomioistuimen on perusteltava, millä perusteella se on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä. Sanotun vuoksi 2 momenttiin kirjattaisiin sääntö siitä, ettei näyttö olisi tarpeen seikasta, josta asianosaiset ovat yksimielisiä. Tässä ei käytettäisi ilmaisua riidaton seikka. Suomen oikeudessa ei ole ns. kiistämistaakkaa, jonka mukaan vain nimenomaisesti kiistetty seikka on riitainen. siten asianosaisen vaietessa seikkaa ei Suomen oikeuden mukaan voida pitää riidattomana. Tämän vuoksi edellytettäisiin asianosaisten yksimielisyyttä, joka tuomioistuimen tulee tarvittaessa nimenomaisesti kyselyoikeuttaan käyttäen selvittää. Vasta kun tämä yksimielisyys on selvää, voidaan seikka asettaa tuomion perustasi esittämättä siitä näyttöä.”

¹²⁵⁷ Toisessa momentissa on kysymys dispositiivisessa riita-asiassa annetusta tunnustuksesta. Kolmannessa momentissa mainitaan indispositiivisessa riita-asiassa annetusta tunnustuksesta, rikosasiassa annetusta tunnustuksesta sekä toisessa momentissa tarkoitetun tunnustuksen peruuttamisesta. Kolmannessa momentissa peruuttaminen liitetään vain toisessa momentissa olevaan tunnustukseen eikä puhuta yleisesti ’tunnustuksen’ peruuttamisesta. Voittaisiin siis perustellusti väittää, että sanamuoto ei kata rikosjutussa annetun tunnustuksen peruuttamista (kuten tekisi esimerkiksi yksinkertaisempi ilmaus ”taikka jos asianosainen peruuttaa tunnustuksensa”). – Itse ymmärrän sanonnalla kuitenkin tarkoitetun myös rikosasiassa annetun tunnustuksen peruuttamista. Jos tämä tulkinta on oikea, se saattaa peruuttamisen todistusvoiman jälleen vapaan todistusharkinnan piiriin; vrt. KKO 2013:25:n ”on selvää” – obiterviittaus.

Käytäntö osoittaa, että tunnustuksen antanut voi tulla katumapäälle. Tavallisimmin näin tapahtuu rikosasioissa: toistuva tilanne on se, että tekonsa esitutkinnassa tunnustanut syytetty peruuttaa tunnustuksensa käräjäoikeudessa. Peruuttaminen ei ole harvinaista muutoksenhakuvaiheessa; ainakin peruuttamiseen vedotaan uudelleen, ellei käräjäoikeus ole pitänyt sitä perusteltuna. Rikosasiassa annetun tunnustuksen peruuttamisen merkitystä ei ollut aikaisemmassa OK 17 luvussa säännelty¹²⁵⁸, mutta oikeuskäytännössä oli jo pitkään lähdetty siitä, ettei peruuttaminen automaattisesti mitätöinyt tunnustusta.¹²⁵⁹ Peruuttamisen syy on tällöin keskeinen selvittämisen kohde ja muodostaa oman teeman. Asiallisesti kysymys on todistusteemasta ja todistustaakasta sekä näyttökynnyksestä, vaikka oikeuskäytännössä usein puhutaan selitys- tai selvitysvelvollisuudesta.¹²⁶⁰ Kun kysymys on syytetyn oman tahdon ilmaisemisesta sekä tunnustamisesta että sen peruuttamisesta, hän itse on luonnollisesti paras tietolähde peruuttamisensa perusteesta.

Läheskään aina tuomioistuimien ei pidä tunnustuksen peruuttamiselle esitettyä syytä paikkansapitävänä tai ainakaan riittävänä painavana.¹²⁶¹

1258 Ks. myös KKO 2013:25, kohta 17, jossa oli kysymys esitutkinnassa annetun tunnustuksen peruuttamisesta.

1259 Tämä käy nähdäkseen ilmi esimerkiksi ennakkopäätöksestä KKO 2000:35, jossa tosin ”on selvää” -ilmaisu. Ks. ratkaisusta Rautio 2000, s. 213 – 220.

1260 Tavallisin syy, joka peruutustilanteessa mainitaan olleen *tunnustamisen* perusteena, on ainakin oman havaintoni mukaan ollut toivo saada esitutkintaan liittynyt vapaudenmenetys päättymään.

1261 Pölönen – Tapanila 2015, s. 357 – 364 katsovat, että muuttamisen synn arvioinnissa ”voidaan lähtökohtaisena olettamana pitää, että epäilty on puhunut totta, koska oli tunnustanut itselleen epäedullisia seikkoja. Tämän vuoksi jälkikäteen kertomuksen muuttaminen itselle edulliseen suuntaan aiheuttaa perustellun kysymyksen siitä, onko muuttamiselle joku järkevä selitys vai onko muuttamisessa kysymyksessä vain pyrkimys saada mitätöityä syyksi lukemista tukeva näyttö tältä osin ja välttyä rikosvastuulta. Näin ollen vaikka näyttötaakka rikosasiassa on syyttäjällä, voidaan epäillylle asettaa selitystaakka tilanteessa, jossa tunnustuksen peruuttaminen selitystä edellyttää.”

8. MINI-TODISTUSHARKINNAT: KAKSI ERITYIS-LAATUISTA TODISTUSHARKINTAA

8.1 Johdanto

Oikeudenkäymiskaaressa on kaksi järjestelmää, joissa joudutaan suorittamaan eräänlainen tiivistetty tai ennakoiva todistusharkinta. Sen funktio on toisaalta suoritettua harkintaa kontrolloiva, toisaalta suoritettavaa harkintaa ennakoiva. Nämä harkintatilanteet ovat jatkokäsittelylupajärjestelmä näytön arvioinnin paikkansapitävyyteen liittyvine edellytyksineen ja sääntely, joka koskee hovioikeuden velvollisuutta toimittaa pääkäsittely näytön arvioinnin perusteella eli näytön uudelleen arvioimiseksi.

Järjestelmät ovat kansallisia, mutta niiden kummankin tausta on universaalinen eli pyrkimys rajoittaa järkevällä tavalla muutoksenhakua, säästää resursseja ja turvata tuomioistuinkäsittelyn painopisteen keskittäminen ensimmäiseen oikeusasteeseen. Tässä mielessä järjestelmät ovat sukua esimerkiksi revisio-tyyppisille muutoksenhakurajoituksille eli muutoksenhaun rajoittamiselle pääsääntöisesti vain tiettyihin – oikeudellisiin – kysymyksiin. Tosin hovioikeuden pääkäsittelyjä koskeva, 1.5.1998 voimaan tullut uudistus (169/1998) tähtäsi aikanaan tavallaan päinvastaiseen eli siihen, että asianosaiselle olisi ollut tarjolla (ainakin) yksi täydellinen muutoksenhakumahdollisuus suullisine ja julkisine käsittelyineen, mikä edellytti pääkäsittelyjen entistä huomattavasti laajamittaisempaa käyttöönottoa hovioikeuksissa.¹²⁶² Siihen uudistus myös johti.

Hovioikeuden pääkäsittelyvelvollisuutta koskeva sääntely on näistä järjestelmistä vanhempi, mutta sääntelyä on jouduttu sen alkuvaiheiden jälkeen uudistamaan. Jatkokäsittelylupajärjestelmä on uudempaa perua, mutta sitäkin on lähtötilanteesta uudistettu.

Nimitän mekanismeja *mini*-todistusharkinnoiksi siitä syystä, että varsinaisen todistusharkinnan normaalit edellytykset eivät ole käsillä: menettelyn puitteet määräytyvät ainakin suurelta osin asianosaisen eli valittajan valinnan mukaan, menettelyt eivät tähtää jutun ratkaisemiseen, suullisuus- ja välittömyysperiaatetta ei noudateta, ratkaisija on eri henkilö tai kollegio kuin näytön vastaanottanut taho, ja kirjallisesta aineistosta tutkitaan alioikeuden päättelyn arvioinnin ja päättelyn paikkansapitävyyttä ja ”kestävyyttä”. Kaikki nämä piirteet johtavat siihen, että käsittelyllä ei ole samaa intensiteettiä kuin normaalilla todistusharkinnalla. Rakenteeltaan menettely kyllä muistuttaa sitä, ja tarkastelu

¹²⁶² Uudistuksen alkuvaiheista Jokela 1998, s. 5 – 9 ja 15 – 21.

voi periaatteessa sisältää niin holistisia kuin atomistia näkökohtia. Sitä leimaa kuitenkin holistisuus, eikä siinä juuri ole käytännön mahdollisuutta tarttua yksityiskohtiin, ellei niihin, kuten todisteen väärään tulkintaan, valituksessa erityisesti puututa ja riittävästi tätä väitettä perustella.

Käsittelen ensin jatkokäsittelylupajärjestelmää ja sen jälkeen pääkäsittelyn toimittamista koskevia normeja, molempia kuitenkin vain siltä osin kuin on kysymys todistusharkinnasta. Käsittelyjärjestykseni noudattelee jutun työvaiheiden järjestystä hovioikeudessa. Tosin käytännössä jo jatkokäsittelylupavaiheessa usein käy ilmeiseksi, että pääkäsittely tullaan toimittamaan. Jos jatkokäsittelylupa myönnetään juuri näyttöperusteella, pääkäsittelyn toimittaminen tapahtuu luonnostaan ja voidaan selvittää yhdellä ”harkinnalla”. Ajallisesti ja teknisesti harkinnoilla ei tarvitse olla muutenkaan eroa.

Jatkokäsittelyluvan kohdalla lakiteksti ei puhu uskottavuudesta tai sen uudelleen arvioimisesta. Sen sijaan pääkäsittelyn toimittamista koskevilla normeilla käytetään myös uskottavuus-kriteeriä. Uskottavuudella on tässä laaja merkitys: uskottavuuden puute tarkoittaa, ettei näyttö ole ollut riittävä, kun riittävyys arvioidaan subjektiivisluontoisella uskomis-kritereerillä¹²⁶³. Arviointitilanne on kuitenkin intersubjektiivinen: toinen kuin ratkaisun tehnyt tuomari tai kollegio harkitsee uudelleen ensi asteen näyttötuomarin tai kollegion arvioinnin oikeellisuuden.¹²⁶⁴

Käsittelen aiheita lähinnä kriteerien kannalta enkä niinkään teknisenä hovi-oikeustyön organisointikysymyksenä. Käytännössä lienee paljolti niin, että jatkokäsittelyluvan näytön arvioinnin perusteella myöntävä jäsen tai kokoonpano määrää myös pääkäsittelyn toimitettavaksi. Jos jatkokäsittelylupa myönnetään muulla perusteella tai jos jatkokäsittelylupaa ei jutussa tarvita, päätöksen pääkäsittelyn toimittamisesta tekee valmisteleva jäsen. Näin siis yksinäistuomari tai pieni kollegio toimii näyttötuomarina mini-todistusharkinnassa. – Käsittelyni ”lainvalmistelukeskeisyys” selittyy sillä, että näissä lainvalmisteluvaiheissa tulkinta termistä ’uskottavuus’ käsitykseni mukaan samalla sai kotimaisen hahmon, jonka voi nähdä toistuvan uudessa OK 17 luvun näyttökynnysten sääntelyssä.

1263 Merkitys muistuttaa siis Lappalaisen määritelmää uskottavuudesta riittävyytenä, mutta tässä yhteydessä kvalifioituihin tarkoituksiin.

1264 Näin ei välttämättä tarvitsisi olla; on olemassa järjestelmiä, joissa ratkaisun antanut alempi tuomioistuin itse harkitsee muutoksenhakuluvan tarpeellisuuden ratkaisuaan kohtaan.

8.2 Hovioikeuden jatkokäsittelyluvan harkinta näytön uudelleen arvioinnin perusteella

Uskottavuus on jatkokäsittelyluvan myöntämisperusteen eräs keskeinen kriteeri: 1 momentin 1 kohtaa on luettava yhdessä 2 momentin kanssa. Kokonaisuutena OK 25:11 (650/2010) kuuluu seuraavasti:

”Jatkokäsittelylupa on myönnettävä, jos:

- 1) ilmenee aihetta epäillä käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta;
- 2) käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta ei ole mahdollista arvioida jatkokäsittelylupaa myöntämättä;
- 3) lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa asioissa on tärkeä myöntää asiassa jatkokäsittelylupa; tai
- 4) luvan myöntämiseen on muu painava syy.

Jatkokäsittelylupaa ei kuitenkaan tarvitse 1 momentin 1 kohdan nojalla myöntää yksinomaan näytön uudelleen arvioimista varten, ellei käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta ole perusteltua aihetta epäillä valituksessa esitettyjen seikkojen perusteella.”

Toisessa momentissa on siis korotettu jatkokäsittelyluvan kynnystä tilanteissa, joissa lupa voisi tulla kysymykseen pelkästään näytön uudelleen arvioimiseksi. Tavoite on ilmeinen eli prosessiekonomia ja halu tai tarve keskittää (ainakin) näyttökysymykset käräjäoikeuteen. Mitään oikeudellista syytä erottelulle ei ole havaittavissa.

Kun kaikkien 1 momentin 1 kohtaan nojaavien ratkaisujen, eli tarkemmin sanoen niissä sen, mikä on ”epäilyksen aihe”, on oltava perusteltuja, voi kysyä, mitä erottelu lopulta tarkoittaa. Ymmärrän nuo aiheen perustellisuuden aste-erot uskottavuuden aste-eroina: toinen seikka antaa enemmän eli perustellummin aihetta epäilykseen kuin toinen. Aste-erot ovat kyllä melko tavalla ”ilmassa” eli mahdottomia tarkemmin määritellä, ellei kysymys ole aivan selvistä, intersubjektiiivisesti tulkittavista virhetilanteista. Erot kirkastunevat oikeuskäytännön kautta.

8.3 Hovioikeuden pääkäsittelyn toimittaminen näytön uudelleen arvioinnin tarpeen perusteella

8.3.1 Yleistä johdantoa. Kysymys uskottavuudesta ja hovioikeuden pääkäsittely

Kun pääkäsittelyn toimittamista koskeviin säännöksiin on otettu eräs todistusvoiman osatekijä, todistelun uskottavuus, hovioikeuden on tullut jo ”ovella” suorittaa tulijalle yksi tarkastus eli todistusharkinta tavallaan pienoiskoossa. On ollut välttämätöntä analysoida, missä määrin muutoksenhaussa kysymys todella on ollut uskottavuudesta ja missä määrin muusta. Todistusharkinnan materiaali on laissa kyllä otettu huomioon ja korostettu sen kokonaisharkintaa.¹²⁶⁵ Myös täydennyttämismahdollisuuksiin on viitattu. Samalla käräjäoikeuksille on teroitettu ratkkojen näyttöä koskevien ratkaisuperustelujen laatimista.¹²⁶⁶ Yhtä kaikki ratkaisu uskottavuuden mukanaolosta joudutaan tekemään ilman, että uskottavuuteen vaikuttavia tekijöitä voidaan perinteiseen tapaan havainnoida. Yhteistä mittakeppiä ei oikein ole,¹²⁶⁷ koska jo Ekelöfin todennäköisyysasteiden arvoista vallitsee erimielisyyksiä, ja vielä vähemmän halutaan mennä matemaattisiin arvoihin – ei Ekelöf itsekään halunnut. Tuskin ne olisivatkaan mikään ratkaisu.

8.3.2 Uskottavuus OK 26 luvussa

Todistusoikeudellisessa keskustelussa uskottavuuden käsite sai paljon huomiota vuoden 1998 hovioikeusmenettelyn uudistuksessa,¹²⁶⁸ joka merkitsi pääkäsittelyjen määrän voimakasta kasvua. Näyttökysymyksiä käsiteltiin teoreettiseltakin kannalta laajasti. Erääksi keskeiseksi kriteeriksi pääkäsittelyn toimittamiselle tuli todistelun uskottavuus: pääkäsittely oli toimitettava, paitsi asianosaisen pyynnöstä tietyin edellytyksin, myös viran puolesta. Viran puolesta tutkittavista edellytyksistä säädettiin OK 26:15:ssä (165/1998).

1265 HE 105/2009 s. 70: Uskottavuusratkaisun oikeellisuuden arvioimisen pohjana olisi koko ”laillinen oikeudenkäyntiaineisto”.

1266 HE 33/1997, s. 66: ”Jotta hovioikeus voisi harkita, riippuuko asian ratkaiseminen todistelun uskottavuudesta, olisi käräjäoikeuden perusteltava tuomionsa riittävän tarkasti myös todistelun arvioimisen osalta. Silloin kun asiassa on esitetty keskenään ristiriitaista todistelua, tuomion perusteluissa olisi selostettava esimerkiksi myös, mistä syystä jollekin todisteelle on annettu arvoa ja jollekin toiselle ei. Tästä säädetään oikeudenkäymiskaaren voimassa olevassa 24 luvun 15 §:ssä (1064/1991) ja on hallituksen esityksessä rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi ehdotettu säädettäväksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa koskevan lakiehdotuksen 11 luvun 4 §:ssä.”

1267 Tämän toteaa yleisellä tasolla myös Lappalainen 1999, s. 192.

1268 L 165/1998, jolla uudistettiin OK 25 ja 26 luku, tuli voimaan 1.5.1998. Lakia edelsi HE 33/1997 ja tätä puolestaan Hovioikeustoimikunnan mietintö KM 1992:20. Uudistuksesta Jokela 1998, s. 254 – 258.

Säännöksen 1 momentin mukaan hovioikeuden oli sitä koskevasta vaatimuksesta riippumatta toimitettava pääkäsittely, jos asian ratkaiseminen riippui kärjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun tai kärjäoikeuden katselmusta toimittaessaan tekemien havaintojen **uskottavuudesta** taikka hovioikeudessa vastaanotettavasta uudesta suullisesta todistelusta. Kärjäoikeudessa vastaanotettu todistelu oli tällöin tarpeellisilta osiltaan otettava vastaan ja katselmus toimitettava uudelleen pääkäsittelyssä, jollei estettä ollut. Jos sanottua todistelua ei kuitenkaan voitu ottaa uudelleen pääkäsittelyssä vastaan, kärjäoikeuden ratkaisua ei toisen momentin mukaan saanut siltä osin muuttaa, jollei todistelua erityisestä syystä ollut arvioitava toisin. Rangaistusvaatimuksesta tehtyä ratkaisua saatiin kuitenkin muuttaa rikosasian vastaajan eduksi.¹²⁶⁹

Nykyään pääkäsittelyn toimittamisen edellytyksiä koskevat säännökset, OK 26 luvun 14 – 16 §:t, ovat vuodelta 2010.¹²⁷⁰ Oikeuskäytäntö oli siihen mennessä rikosjutuissa jo omaksunut näyttökynnykseksi järkevän tai varteenotettavan epäilyksen kriteerin, ja tämä saatettiin valjastaa tuossa vaiheessa hiukan yleiskäytöstä poikkeavien vankkurien eteen, uskottavuuden kumppaniksi. Näyttökynnys ”ei varteenotettavaa epäilyä” sai hiukan terästetyn muodon ”ei mitään varteenotettavaa epäilystä”. Luottamuspykälä OK 26:15, joka säänteli sekä hovioikeuden velvollisuutta toimittaa pääkäsittely että luottamusta näytön pysyvyyteen, jos todistelua ei voitu ottaa uudelleen vastaan, jaettiin kahtia, ja 15 § tuli koskemaan mainittua velvollisuutta.

Pääkäsittely on 14 §:n mukaan toimitettava riita-asiassa asianosaisen ja rikosasiasa asianomistajan tai vastaajan vaatimuksesta tai syyttäjän pyynnöstä 15 §:n suullisen näytön vastaanottamistilanteessa ”ja muulloinkin, kun hovioikeus pitää sitä tarpeellisenä.” Pääkäsittelyä ei kuitenkaan tarvitse toimittaa, jos asiassa ei 15 §:n 1 momentin mukaan tarvitse ottaa vastaan suullista todistelua sen vuoksi, että **näytön arvioinnin oikeellisuudesta ei voi jäädä varteenotettavaa epäilystä**, ja pääkäsittelyn toimittaminen on **muutoinkin selvästi tarpeetonta** huomioon ottaen erityisesti asian laatu ja merkitys asianosaiselle. 14a §:n mukaan hovioikeus voi omasta aloitteestaan toimittaa pääkäsittelyn katsoessaan sen tarpeelliseksi.

15 §:ssä säädetään, että jos pääkäsittely toimitetaan ja asiassa on kysymys kärjäoikeuden suullisen todistelun **uskottavuudesta** tekemästä arviosta, kärjäoikeudessa

1269 HE:ssä 33/1997 pakollisen pääkäsittelyn edellytykset oli kirjattu ehdotuksen 26:12:n perusteluihin, ei lakitekstiin. Lakivaliokunta piti tärkeänä, että asiasta lausutaan lain tasolla, ja lisäsi 15 §:n 1 momenttiin mainitut edellytykset ja 2 momenttiin muutoksiellon eli luottamusperiaatteen (Lakivk 19/1997 s. 14 ja 26). – Luottamussäännös noudatteli RB 50:23 ja 51:23:n eli niin sanottujen tilitro-pykälien antamaa mallia, kuitenkin eräin poikkeuksin. Nämä eivät koske kuitenkaan todisteen uskottavuutta, vaan asianosaisen luottamusta ratkaisun pysyvyyteen.

1270 Laissa 650/2010, joka tuli voimaan 1.1.2011.

vastaanotettu suullinen todistelu otetaan tarpeellisilta osiltaan uudelleen vastaan, jollei estettä ole. Todistelua ei tarvitse ottaa uudelleen vastaan, jos käräjäoikeuden vastaanottaman näytön arvioinnin **oikeellisuudesta ei voi jäädä 12 §:ssä tarkoitettun oikeudenkäyntiaineiston perusteella kokonaisuutena arvioitaessa mitään varteenotettavaa epäilyä**. Mitä suullisen todistelun **uskottavuuden** arvioinnista säädetään, sovelletaan myös käräjäoikeuden arvioon katselmusta toimittaessaan tekemiensä havaintojen **uskottavuudesta**. Pääkäsittelyssä otetaan vastaan myös hovioikeudessa vastaanotettava uusi suullinen todistelu.

Lainmuutos tehtiin vuonna 2010 lähinnä EIT:n oikeuskäytännön johdosta ja prosessiekonomisista syistä. Eräs keskeisistä muutoksista on se, että aiemmassa säännöksessä tarkastelun kohteena oli todistelun uskottavuus, jälkimmäisessä tämän lisäksi myös käräjäoikeuden uskottavuusarvioinnin oikeellisuus. Uskottavuuden ja todistusvoiman arviointitapa ei ole tehdyn lainmuutoksen johdosta mitenkään muuttunut. Siten se, miten HE:ssä 33/1997 *tätä* arviointia on eritelty, on edelleen ajankohtaista. Merkillepantavaa kuitenkin on, että rikosasiassa yleensä tavattu kriteeri ”ei varteenotettavaa epäilyä” (brd) koskee tässä kaikkia, siis myös riita- ja hakemusasioita.

Harkinnan pohjaksi lainkohdassa asetetaan siis OK 25:12:ssa tarkoitettu käräjäoikeudessa vastaanotettu oikeudenkäyntiaineisto ja arvioinnin suorittamista *kokonaisuutena* korostetaan.

8.3.3 HE 33/1997 ja HE 105/2009

HE 33/1997:ssä käsiteltiin laajasti todisteen eli todistajankertomuksen sisällön uskottavuutta ja todistusvoimaa. Kun kannanotot ovat toisaalta fundamentaalisia virallisenäkemyksiä, toisaalta teoreettisuudessaan ja laajuudessaan sellaisina harvinaisia, otan ne esiin in extenso:

”Käräjäoikeudessa suullisesti todistelutarkoituksessa annetun lausuman uskottavuudesta on kysymys silloin, kun käy tarpeelliseksi tutkia, mikä näyttöarvo, todistusvoima, lausumalle on annettava siitä tosiseikasta, jota lausumalla on tahdottu selvittää, so. kuinka luotettavana lausumaa voidaan pitää. Muutoksenhakija voi esimerkiksi väittää, että 1) käräjäoikeudessa kuultu todistaja on tietoisesti kertonut totuudenvastaisesti tai että todistajan lausuma ei muusta syystä, esimerkiksi muistitekijöistä johtuen, vastaa hänen havaintojaan. Lausuman uskottavuudesta on kysymys myös silloin, kun väitetään, ettei 2) lausuman antajan tarkoitusta siitä, mitä hän on halunnut sanoa, ole ymmärretty oikein. Samoin asetetaan uskottavuus kyseenalaiseksi esitettäessä hovioikeudelle, ettei 3) lausuman perustana oleva havainto ole

esimerkiksi todistajan vaillinaisen aistimiskyvyn tai huonojen havainto-olosuhteiden vuoksi luotettava.”¹²⁷¹

Vuoden 2010 uudistukseen johtaneessa HE:ssä 105/2009 edellä siteerattu teksti on hiukan editoituna sama, mutta toisen rivin sana ”todistusvoima” on jätetty pois – ”näyttöarvo” on ennallaan.¹²⁷² Kun näyttöarvoa ja todistusvoimaa voidaan pitää synonyymeina, muutos on stilistinen.¹²⁷³

HE 33/1997:n perusteluteksti jatkuu eräiden tilanteiden poissuljennalla:¹²⁷⁴

”Todistelun uskottavuudesta ei sen sijaan ole kysymys eikä suullista pääkäsittelyä tarvitse tästä syystä toimittaa, jos hovioikeudessa käy riitaiseksi, mitä johtopäätöksiä lausumalle annetun näyttöarvon perusteella on asiassa tehtävä. Itse lausuman uskottavuusarviointia ei tällöin enää aseteta kyseenalaiseksi. Johtopäätös voi olla joko oikeudellinen päätelmä (esimerkiksi onko todistajan lausuman mukaista suorituksen myöhästymisaikaa pidettävä niin olennaisena, että se oikeuttaa toisen sopimus-kumppanin purkamaan sopimuksen) tai ns. aihetodistelutilanteessa päätelmä siitä, mitä todistettu tosiseikka merkitsee edelleen todisteena (esimerkiksi mitä päätelmiä todistajan 30 metrin pituisiksi todistamista jarrutusjäljistä on tehtävissä auton nopeudesta). Lausuman antaneen todistajan tai muun henkilön uudelleen kuulemisella hovioikeudessa ei saada lisävalaistusta päätelmän tekemiseen.”¹²⁷⁵

Esimerkiksi rikosasiassa ei tarvitsisi toimittaa pääkäsittelyä, jos hovioikeudessa on kysymys vain siitä, voidaanko rikosasian vastaajan käräjäoikeudessa esitettyjen sinänsä riidattomien aihetodisteiden perusteella katsoa syyllistyneen syytteessä tarkoitettuun tekoon. Hovioikeuden jäsenten välittömästi todistelusta tekemillä havainnoilla ei ole harkinnassa merkitystä, vaan kysymys on vain siitä, mikä merkitys sinänsä toteennäytetyille seikoille annetaan.”

1271 HE 33/1997 s. 66.

1272 HE 105/2009 s.67 – 71, erityisesti s.70. Samoin jo Komiteanmietintö 2008:3 s. 144.

1273 Vrt. Dahlman 2018, s. 33 ja 66 – 67. Hän selvittää ”beviskraft”- ja ”bevisvärde”-sanojen vaihtelua ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Hänen mukaansa saksalaisperäinen beviskraft (Beweiskraft) oli aikaisemmin havainnosta tuodaan esiin. Periaate, että hovioikeudella on vapaat kädet tehdä johtopäätöksiä todistetusta seikasta, pätee sinänsä myös sikäli kuin kuultava on itse esittänyt sellaisen johtopäätöksen. Voidaan kuitenkin edellyttää, että käy selvästi ilmi, mille faktisille olosuhteille kuultava johtopäätöksensä perustaa. Jos johtopäätös voidaan olettaa perustuvan seikkoihin, joita ei ole täysin selvitetty, kysymystä johtopäätöksen hyväksymisestä tai hylkäämisestä lienee käsiteltävä uskottavuuskysymyksenä, Welamson lausuu. – Samoin Lindell 2017, s. 473 - 474: uskottavuudesta ei ole kysymys siinä, mitä johtopäätöksiä näytetystä tapahtumasta tehdään, eikä sen paremmin pääsääntöisesti oikeuskysymyksenkään osalta.

1274 HE 33/1997 s. 66.

1275 Welamson 2009 (1994), s. 88 tuo esiin, että se, mitä johtopäätöksiä todistelun kohteena olevasta havainnosta voidaan tehdä – jos itse havainto hyväksytään – ei ole uskottavuuskysymys. Welamson katsoo, että hovioikeudella on siinä suhteessa samat edellytykset kuin käräjäoikeudella, riippumatta siitä, millä tavoin lausuma havainnosta tuodaan esiin. Periaate, että hovioikeudella on vapaat kädet tehdä johtopäätöksiä todistetusta seikasta, pätee sinänsä myös sikäli kuin kuultava on itse esittänyt sellaisen johtopäätöksen. Voidaan kuitenkin edellyttää, että käy selvästi ilmi, mille faktisille olosuhteille kuultava johtopäätöksensä perustaa. Jos johtopäätös voidaan olettaa perustuvan seikkoihin, joita ei ole täysin selvitetty, kysymystä johtopäätöksen hyväksymisestä tai hylkäämisestä lienee käsiteltävä uskottavuuskysymyksenä, Welamson lausuu. – Samoin Lindell 2017, s. 473 - 474: uskottavuudesta ei ole kysymys siinä, mitä johtopäätöksiä näytetystä tapahtumasta tehdään, eikä sen paremmin pääsääntöisesti oikeuskysymyksenkään osalta.

”Kun asian ratkaiseminen riippuu todistelun uskottavuudesta, hovioikeuden mahdollisuudesta tehdä kuultavalle selventäviä lisäkysymyksiä olisi hyötyä asian ratkaisemisessa. Lisäksi hovioikeuden mahdollisuus henkilökohtaisesti nähdä kuultava henkilö silloin, kun hänen luotettavuutensa on asetettu kyseenalaiseksi tai kun hänen kertomuksensa poikkeaa samasta seikasta kertoneen toisen henkilön kertomuksesta, antaa hovioikeudelle paremmat edellytykset arvioida sitä, miten asia tulisi ratkaista. Jo mahdollisuus nähdä todistelutarkoituksessa kuultavat henkilöt sekä heidän käyttäytymisensä ja esimerkiksi ilmeensä lausumia antaessaan ovat kiinteässä yhteydessä vapaaseen todisteiden harkintaan.

Silloin kun asian ratkaiseminen hovioikeudessa riippuu suullisen todistelun tai kärkeäoikeuden katselmusta toimittaessaan tekemien havaintojen uskottavuudesta, todistelu olisi otettava vastaan ja katselmus toimitettava uudelleen hovioikeuden pääkäsittelyssä. Edellä yleisperusteluissa selostetuista syistä näin olisi meneteltävä siitä riippumatta, epäileekö hovioikeus kärjääoikeuden näyttökysymyksessä tekemän ratkaisun oikeellisuutta vai ei. Tällä tavalla hovioikeus saatetaan ainakin periaatteessa samaan asemaan kärjääoikeuden kanssa suullisen todistelun ja katselmuksessa tehtyjen havaintojen arvioimisen suhteen.

Todistelu olisi otettava vastaan uudelleen hovioikeudessa tarpeellisilta osiltaan. Jotta hovioikeudella olisi mahdollisimman hyvät edellytykset todisteiden tasapuoliseen arvioimiseen, olisi kysymyksessä olevaa riidanalaista seikkaa koskeva kaikki asiaan vaikuttava muu kuin kirjallinen todistelu otettava vastaan uudelleen hovioikeudessa. Jos kärjääoikeus on ratkaissut asian esimerkiksi yhden todistajan kertomuksen perusteella, jonka luotettavuus on asetettu kyseenalaiseksi, tulisi muitakin samasta seikasta kertoneita todistajia kuulla uudelleen hovioikeudessa. Todistelua ei kuitenkaan tällöinkään tulisi ottaa vastaan uudelleen siltä osin kuin se on jo kärjääoikeudessaakin osoittautunut merkityksettömäksi. Kirjallista todistelua ei tietenkään otettaisi hovioikeudessa uudelleen vastaan siinä mielessä, että todisteina käytetyt asiakirjat olisi uudelleen siellä esitettävä. Asianosaisten olisi kuitenkin uudelleen vedottava niihin kirjallisiinkin todisteisiin, joihin haluavat vaatimustensa tueksi hovioikeudessa nojautua, ja ilmoitettava, mikä näyttöarvo niillä kullakin heidän käsityksensä mukaan on. Tämä perustuisi kaikkien todisteiden yksilöintiä koskevaan 25 luvun 12 §:n 2 momentin 4 kohdan ehdotettuun säännökseen.¹²⁷⁶

1276 Ks. Welamson 2009 (1994), s. 88. Käsitellessään RB:n tilltro-pykäliä ja siis hovioikeuden velvollisuutta toimittaa pääkäsittely henkilönäytön uudelleen vastaanottamiseksi Welamson erittelee kolmenlaisia kysymyksiä, joissa on kysymys henkilönäytön uskottavuudesta. Ne ovat seuraavat:

- 1) mitä kuultava on lausumallaan tarkoittanut. Tähän kuuluvat kielenkäytön eroavuudet ja erot ihmisten edellytyksissä kuvata havaintojaan.
- 2) missä määrin lausuman sisältö toistaa oikein kuultavan tekemän havainnon. Tähän kuuluvat kysymykset siitä, missä määrin kuultava tietoisesti poikkeaa totuudesta, missä määrin hänen muistikuvinsa on vaikuttanut ympäristön suggestio tai muut jälkikäteiset tekijät.

Vuoden 2010 uudistuksessa hovioikeuden velvollisuutta toimittaa pääkäsittely omasta aloitteestaan on lievennetty.¹²⁷⁷ Uudessa sääntelyssä on käytetty hyväksi jo tuolloin oikeuskäytännössä vakiintunutta kriteeriä ”ei varteenotettavaa epäilystä”. Sellaista ei saa jäädä käräjäoikeuden todistusharkinnan oikeellisuudesta; oikeellisuusvaatimus koskee nimenomaisesti käräjäoikeuden arviointia todistelun uskottavuudesta. Jos sellainen epäily hovioikeudelle jää, pääkäsittely on toimitettava. Myös pääkäsittelyn toimittamisvelvollisuutta tilanteissa, joissa asianosainen on pääkäsittelyä vaatinut, lievennettiin käyttäen samaa brd-kriteeriä, tosin pienin muunnelmin. Tämä kriteeri koskee molemmissa tilanteissa yhtä lailla riita- kuin rikosasioitakin.

Kun uskottavuuteen liittyvä arviointi on pääkäsittelyn kriteerinä myös voimassa olevassa laissa edellä mainituin muunnelmin, jäljempänä lausuttu koskee sen osalta myös nykytilaa.

8.3.4 Omaa arviointia uskottavuus-käsitteestä hallituksen esitysten valossa

Käyttämäni todisteen sisällön kredentiaalien jakamista relevanssiin, uskottavuuteen, todennäköisyyteen ja todistusvoimaan ei kovinkaan usein tehty. Tekstiä tulkittaessa on pyrittävä löytämään kirjoittajan käyttämä merkityssisältö, eikä vanhoja tekstejä voida luonnollisesti suoraan ryhtyä arvioimaan esimerkiksi tätä hahmottelemaani jakoa käyttäen. Seuraavassa esitän kolme mahdollista tulkintamallia siitä, miten uskottavuus-termiä koskevaa esityötekstiä voitaisiin tulkita. En ota kantaa siihen, mikä on ”oikea”.

HE:n ensimmäinen uskottavuuden määritelmä voitaisiin käsittääkseni tulkita kahdella tai ehkä kolmella tavalla. Sillä tarkoitetaan joko uskottavuutta eräänä tekijänä silloin, kun todisteen todistusvoimaa (tai näyttöarvoa) arvioidaan, tai sitten määrittelyllä on kokonaan samaistettu uskottavuus ja todistusvoima. Perustelujen kirjoittaja samaistaa sanat myös uskottavuuden ja luotettavuuden; esimerkit ovat tyypillisiä todistajan uskottavuutta koskevia, mutta ne vaikuttavat myös todisteen luotettavuuteen.

Kolmas mahdollinen tulkintatapa on lähteä siitä, että todisteen sisällön muut lähtökohtaiset kredentiaalit eli relevanssi ja todennäköisyys sisältyvät uskottavuuteen. Tällöin uskottavuus tarkoittaisi suunnilleen samaa kuin näytön

3) missä määrin kuultavan havainnot olivat olleet oikeita. Kysymys on kuultavan edellytyksistä huomioida sitä seikkaa, josta kertoo, esimerkiksi hänen näkökykyään, kuuloaan, väriaistia ja vastaavaa.

Lindell 2017, s. 473 arvostelee arvostelee tätä kolmijakoa siitä, että se luo mielikuvan kolmen erillisen ja erillään ratkaistavan kysymyksen olemassaolosta, kun todellisuudessa mainitut uskottavuuskysymykset menevät päällekkäin ja vaikuttavat toisiinsa. Nämä kolme kysymystä on siksi nähtävä hänen mukaansa vain johdattajina uskottavuusarviointiin, jonka täytyy perustua kokonaisharkintaan

1277 Painopistettä esitettiin siirrettäväksi tilanteisiin, joissa asianosainen on vaatinut pääkäsittelyn toimittamista: ks. HE 105/2009 s. 67 (14 §:n perustelut) ja s. 69 (14 a §:n perustelut).

riittävyys, ja muut kredentiaalit sisältyisivät uskottavuuden käsitteeseen. Esimerkiksi todennäköisyydellä on yhtymäkohtia uskottavuuteen: jos tosiseikan paikkansapitävyys on todennäköinen, se on vastaavissa määrin luotettava – ja uskottava, jos termit samaistetaan. Todennäköisyys on tiedon varmuuden eräs aste ja episteeminen käsite, uskottavuus taas viittaa arvioitsijan subjektiiviseen näkemykseen. Matemaattisen todistusteorian kannattaja tuskin innostuisi käyttämään uskottavuutta kriteerinään. Tämän ei silti tarvitse olla ratkaiseva este kolmannelle tulkinnalle. Relevanssia taas voi olla hankala sovittaa uskottavuuden osatekijäksi. On kuitenkin luonnollista pitää koko uskottavuusarvioinnin lähtökohtaisena edellytyksenä, että todisteen sisältö on ollut relevantti teemalle.

Ensimmäinen tulkintatapa on sopusuunnassa sen edellä omaksumani käsityksen kanssa, että todistusvoimaan kuuluu muutakin kuin uskottavuus: siihen kuuluvat osatekijöinä myös relevanssi ja todennäköisyys – näistä siis koostuu neljäs kredentiaali, todistusvoima. Kuitenkin uskottavuus olisi ratkaiseva.

Toinen tulkintatapa johtaisi umpikujaan, koska muille osatekijöille ei jäisi lainkaan sijaa. Pelkkä todistajan uskottavuus ei riitä todistusvoimaksi: vaikka todistaja olisi kuinka uskottava tahansa, todistusvoimaa ei kertomuksella ole lainkaan, jos hän kertoo asiasta, jolla ei ole mitään relevanssia eli joka ei liity teemaan. Sama koskee todistajaa, jonka kertomukselta puuttuu kaikki todennäköisyys, esittäköön hän sen miten uskottavasti tahansa.

Kolmas tulkintatapa on mahdollinen. Siinäkin subjektiivinen ainesosa on mainittu keskeisenä, mutta myös muita tarkastellaan subjektin näkökulmasta, riittävyyden arvioimisen osatekijöinä. Uskon, että kolmas tulkintatapa on kestävin, vaikka ehkä alun perin olisi ajateltu korostetunkin subjektiivista uskomista.

Edellä HE:n 33/1997 viitatuista esimerkeistä 1 ja 3 tarkoittavat juuri luotettavuutta. Myös esimerkki 2 voi tarkoittaa suoraan lausuman luotettavuutta, mutta myös sisällön väärinymmärtämisen ja -kirjaamisen kautta; pienet ja tekniset virheet sisällön kirjaamisessa voivat yhdessä saada aikaan, että todistajan kertomus ei vastaa sitä mitä todistaja haluaa kertomuksellaan välittää, toisin sanoen kokonaisuus vääristyy. Tämän jälkeen HE:ssä viitataan hovioikeuden tarpeeseen tehdä itse havaintoja todistajasta ja hänen esiintymisestään. Nämä seikat ovat tyypillisiä ”perinteiseen” uskottavuuteen / luotettavuuteen liittyviä seikkoja, koska niiden yleensä selitetään toteutuvan juuri todistelun välittömyyden ja suullisuuden kautta.

Tämän jälkeen HE:n tulkinnessa nähdäkseni saatetaan kuitenkin joutua hankaluuksiin. Ajatus lienee siinä kulkenut niin, että uskottavuudesta ei ole kysymys enää kiistoperusteena silloin, kun väitetään, ettei todistusvoima ole ollut riittävä. Esitys lähtee siitä, että esitetyn näytön uskottavuuden (ja, jos ensimmäinen tulkinnoistani oli oikea, myös relevanssin ja todennäköisyyden) arvioimisen jälkeen todistusvoima on ”annettu”, tiedossa. Tämän jälkeen seuraisi erillisenä johtopäätösten teko ”lausumalle annetun näyttöarvon perusteella”. ”Itse lausuman uskottavuusarviointia ei tällöin enää HE:n mukaan asetettaisi

kyseenalaiseksi”, HE:ssä todetaan sinänsä johdonmukaisesti. Uskottavuus on kuitenkin mukana, tavallaan ”sisäänleivottuna”, nyt kiistetyssä todistusvoimassa, eikä uskottavuudelle eikä muillekaan osatekijöille käräjäoikeuden ratkaisun perusteluissa anneta yleensä omaa arvosanaa. Jos valituksessa on osattu rajata kiistämisen peruste tarkoin, asia on kunnossa (”vaikka todistaja oli uskottava, hän puhui eri tilanteesta kuin syytteessä on kysymys”). Tällainen täsmällisyys on kuitenkin harvinaista. HO:lla on toisaalta mahdollisuus tarkentaa valituksen kohdetta kysymällä, onko valitusperusteena uskottavuus ja miten.¹²⁷⁸

HE:ssä mainitaan kolme esimerkkiä tilanteista, joissa sen mukaan ei ole kysymys todistelun uskottavuudesta. Ensimmäinen esimerkki, suorituksen myöhästy misajan arvioiminen olennaisuuskriteerin kannalta, on pikemmin juridinen kuin miltään osin näytöllinen; myös HE:ssä kysymystä luonnehditaan oikeudelliseksi. Sen sijaan toinen esimerkki (jarrutusjäljet) koskee näyttökysymystä, pinnalta katsoen vain todistustositseikan¹²⁷⁹ relevanssin arvioimista, mutta on vaikea sanoa, voidaanko uskottavuus todella käytännössä syrjäyttää.¹²⁸⁰ Kolmas esimerkki, rikoksen syyksilukeminen riidattomien todistustositasioiden perusteella, on jälleen oikeudellinen – ja hiukan idealistinen.

Uskottavuutta ja johtopäätösten tekoa todistusvoimasta voidaan ja on aihetakin tarkastella tällä tavoin lähtökohtaisesti erillisinä. Ongelmalliseksi tilanne muuttuu kuitenkin, jos ilmiöt eristetään toisistaan kokonaan. Käytäntö ei anna ymmärtääkseni tukea tällaiselle jyrkälle erottelulle; pikemminkin luotettavuuden arviointiin luettavat seikat usein vaikuttavat suoranaisesti myös relevanssin arvioimiseen ja päinvastoin. Samat vuorovaikutukset koskevat todisteen todennäköisyyttä. Jos näitä kolmea kokonaisuutta kuvataan systeeminä, joiden syötteenä on todisteen sisältö, voidaan sanoa systeemien olevan kiinteässä vuorovaikutuksessa keskenään. Tämän ”yhteispelin” sivuuttaminen saattaa johtaa harhateille. Mitä monimutkaisempia todisteet ovat ja mitä enemmän esimerkiksi arvottamista sisältäviä ja edellyttäviä yksityiskohtia niihin sisältyy (mikä saattaa juontaa juurensa jo teemana olevien seikkojen vastaavanlaisiin piirteisiin),

1278 Käytäntö voi vaihdella, mutta tulkinnanvaraisissa tilanteissa on usein järkevämpää ohjata juttu pääkäsitteilyyn kuin lähteä ”hiusten halkomiseen.”

1279 HE:ssä 33/1997 käytetään siis sanaa aihetodistelu, jonka tulkitsemisen tarkoittaneen samaa kuin todistustositseikka, eikä tarkoittaneen esimerkiksi korostaa vanhan käsityksen mukaista indision heikkovoimaisuutta.

1280 Tosin jarrutusjälkien pituus esimerkkinä jollakin tavoin standardisoidusta todisteesta on yleisesti ottaen huono, kun käytännössä tiedetään, miten paljon jälkien relevanssi riippuu olosuhteista. En allekirjoittaisi HE:ssä yleispätevänä toteamuksena esitettyä väitettä siitä, että lausuman antaneen todistajan tai muun henkilön uudelleen kuulemisella hovioikeudessa ei saataisi lisävalaistusta päätelmän tekemiseen. Lausuma voi pitää paikkansa hyvin yksinkertaisissa tilanteissa, mutta sellaisissa henkilötodistelua jäljestä tuskin on edes tarvittu käräjäoikeudessa. Jos riitä jäljestä on leimahtanut siihen vaiheeseen, että henkilötodistelua on siellä tarvittu, kysymys on jo monivaihteisesta ja ehkä useallakin tavalla luotettavuuden piiriin kuuluvia seikkoja – sää, lumi, jää, tien pintamateriaali, urat, renkaat, nastat, ABS – sivuavasta riitakapulasta. Jarrutusmatkatalukkojen perusteella tehdyt laskelmat, jotka eivät pyrikään ottamaan mainittuja muuttujia huomioon, ovat turhaa vaivannäköä. Ainakin joistakin luetelluista seikoista on luontevaa kuulustella paikalla havaintoja tekemässä ollutta todistajaa, usein poliisimiestä. Samoin hänen uskottavuuteensa vaikuttavat hänen omat havainto-olosuhteensa.

sitä enemmän tätä vuorovaikutusta käytännössä on ja sitä virheellisempää on vuorovaikutuksen laiminlyövä tarkastelutapa päätöksenteon perusteena. Vain aivan yksinkertaisimmissa tilanteissa voi erillistarkastelu olla ongelmaton. Tällöin ei kuitenkaan ole useimmiten kysymys henkilötodistelusta, vaan esimerkiksi aidosti luonnontieteelliseen kokeen tulokseen rinnastettavasta näytöstä, tyyppiesimerkkinä päihdetutkimus, jonka lähtötietoja ei riitauteta.

Yhtä kaikki, lienee oikeutettua lähteä siitä, ettei HE:n 1997:33 esitystä tule ymmärtää niin, että lausumalle annetaan tuomioistuimessa jonkinlainen stabi-loitu ja kalibroitu ”näyttöarvo” siinä mielessä, että asianosaiset voivat vahvistaa sen eksaktina lukuarvona olevan riidaton. Kaikille relevanteille tahoille – siis paitsi eri oikeusasteille, myös asianosaisille ja heidän avustajilleen – yhteistä mittapuuta ei ole olemassa. Ainoa mielekäs luokitteluperuste voi käytännössä olla se, onko seikka riitainen vai riidaton. Muutoksenhakuvaiheessa, josta tuossa asiayhteydessä on kysymys, ainoa indikaattori on se, haetaanko kyseisen seikan todistusharkintaan muutosta vai ei.

Vuoden 2010 uudistuksessa siis toisaalta väljennettiin pääkäsittelyn toimit-tamisvelvollisuutta näyttökysymyksissä, mutta toisaalta uudeksi kriteeriksi asetettiin, että käräjäoikeuden todistelun uskottavuudesta tekemän ratkaisun oikeellisuudesta ei saa jäädä (mitään) varteenotettavaa epäilyä. Tämä kriteeri korostaa entisestään pienoistodistusharkinnan merkitystä ja vaativuutta ja vie harkinnan tavallaan uudelle tasolle. Sen lisäksi, että hovioikeuden on arvioi-tava, miten todisteen uskottavuus on suhteessa sen koko todistusvoimaan, on ratkaistava, jääkö tästä käräjäoikeuden suorittamasta uskottavuuden arvioin-nista lopulta jonkinlainen varteenotettava epäily.

Käräjäoikeuden näyttötuomari tai kokoonpano on nähnyt ja kuullut esitetyn näytön ja voinut heti tehdä alustavia havaintoja sekä kertojan että kertomuksen uskottavuuteen vaikuttavista seikoista. Sen sijaan pääkäsittelyvelvollisuutta tai jatkokäsittelylupaa hovioikeudessa harkitseva tuomari tai kokoonpano on vaike-ammassa tilanteessa, koska materiaalina ovat vain asiakirjat ja niiden antama kuva sitä, mitä on käräjäoikeudessa sanottu ja tapahtunut. Kuvan onnistuminen riippuu paljolti siitä, miten hyvin edellinen aste on onnistunut käsityksensä välittämään. Esimerkiksi subjektiivisluontoisten seikkojen välittäminen pape-ritse ei ole helppoa.¹²⁸¹ *Kertojan* uskottavuuden arviointiin vaikuttavien teki-jöiden pöytäkirjaaminen ei käytännössä lienekään ollut enää tapana, vaikka vuoden 1948 OK lähtikin siitä. Kertomuksen analysointi on eri asia, mutta sitä voi olla vaikeaa tehdä kovinkaan syvällisesti kertomatta esimerkiksi perusteluja epäuskottavuudelle. Todistajankertomusten alkava videointi saattaa parantaa muutoksenhakuasteen lähtökohtia tältä osalta. Toisaalta voi käydä samoin kuin ääninauhoitteiden kohdalla: melkoisia toiveita asetettiin aikanaan kertomusten

1281 Vaikeuteen viittaa Heinonen 1980, s. 336.

äänittämiseen ja niiden kuunteluun hovioikeudessa, mutta kuuntelu on jäänyt vähäiseksi.¹²⁸²

Hovioikeusarvioinnin kohteen muutoksella – esitetyn todistelun uskottavuudesta käräjäoikeuden uskottavuusarvioinnin oikeellisuuteen – ei nähdäkseni lopputulokselle ole juuri käytännön merkitystä. Jälkimmäinen muotoilu on kyllä osuvampi: eihän itse todisteen uskottavuutta tiedetä ennen kuin se otetaan vastaan. Juuri käräjäoikeuden ratkaisu on koko ajan muutoksenhakun kohteena, ei yleensä todistelun itseisarvoinen vahvuus tai heikkous. Molemmissa asetelmissa hovioikeus joutuu kuitenkin peilaamaan keskenään esitettyä todistelua ja käräjäoikeuden arvioinnin oikeellisuutta siitä.

¹²⁸² Kuuntelua on tapahtunut lähinnä silloin, kun riitajutun pääkäsittelyssä on väitetty esimerkiksi todistajan kertoneen käräjäoikeudessa päinvastaista kuin hovioikeudessa. Tällöinkin kuuntelu ei ole tapahtunut in camera, vaan avoimessa istunnossa. Kuuntelu on ollut tavallaan ”esitutkinnan korvike”.

9. TODISTUSHARKINTATEORIAT I: JOHDANTOA JA MATEMAATIKKOJA

9.1 Johdantoa. Teorioita, periaatteita, malleja todistusharkinnan kuvaamiseksi tai ohjaamiseksi. Perusjakoa päävirtauksiin

9.1.1 Mihin todistusharkintateoriat ja -metodit tähtäävät?

Palaan todistusharkinnan viiteen vaiheeseen. Ensimmäinen vaihe on todisteen sisällön oman paikkansapitävyyden (= miten todennäköisesti vastaa totuutta, miten uskottava on) arvioiminen. Toinen vaihe tarkoittaa sen arvioimista, mikä vaikutus todisteella teemalle on, miten vahvasti se teeman paikkansapitävyydestä todistaa; toisin sanoen todisteen todistusvoima teemalle arvioidaan. Näiden vaiheiden erottelun laiminlyöminen johtaa sekavuuteen siinä, mistä kulloinkin puhutaan.

Kolmantena vaiheena on, jos todisteita on samasta teemasta useita, niiden todistusvoimien yhdisteleminen ja yhteisen todistusvoiman muodostaminen. Neljäs vaihe on viimeksi mainitun todistusvoiman – tai näytön vahvuuden – vertaaminen siihen kynnykseen, joka näytön vahvuuden on ylitettävä, jotta seikka voitaisiin katsoa toteennäytetyksi. Todistusharkinta loppuu tuon atomistisen teeman kohdalta tähän, mutta se jatkuu holistisesti: eri teemojen paikkansapitävyyttä vertaillaan ja teemoja yhdistetään. Tätä toimintaa täytyy tehdä, jos todistelussa on useampia portaita, jokaisen portaan osalta erikseen ja lopuksi kokonaisuutta silmällä pitäen.

Kaikki teoriat eivät kohdista huomiotaan jokaiseen vaiheeseen eivätkä vastaa kaikkiin kysymyksiin. Esimerkiksi pohjoismaiset todistusarvo- ja teemametodit tai -teoriat eivät sano kovin paljon ensimmäisestä eivätkä juuri toisestakaan vaiheesta. Ne kyllä toteavat, että todennäköisyydet ja todistusvoima arvioidaan (atomistisesti), mutta eivät juuri sitä, miten sen tapahtuu. Metodien kiinnostuksen kohteena olevat todistusarvot tulevat soveltajalle tavallaan ”valmiina”. Kolmas ja neljäs vaihe taas ovat niin pohjoismaisten kuin muidenkin matemaattisten teorioiden keskeisen huomion kohteena. Nämä vaiheet ovat myös osittain baconiaanisten teorioiden kohteena, mutta näkökulma on (korostetustikin) erilainen kuin edellisillä. Viimeinen vaihe, holistinen tarkastelu, taas on erityisesti kertomusmallin keskeinen kohde ja tarkastelutapa. Joissakin teorioissa atomistisen ja holistisen tarkastelutavan välillä ei ole erityistä eroa; saatetaan puhua kysymyksistä, joilla on kosketusta molempiin.

Hahmotteluni on karkea enkä tarkoita väittää, että eri teorioiden kannattajat esimerkiksi oppikirjoissaan laiminlöisivät tuoda esille muita vaiheita kuin ne, jotka erityisesti leimaavat heidän omaa metodologiaan. Ihan ongelmattomia eivät kaikki esitykset kuitenkaan ole tässä suhteessa – sen paremmin kuin toisellaan ”akselilla”, kriteereillä deskriptiivinen – normatiivinen – tarkasteltuina.

Yhtä kaikki, edellä mainittua näkökulmakysymystä on nähdäkseni aihetta teorioiden runsaudensarven keskellä painottaa. Useimmat teoriat käsittelevät tiedon – väitetyin seikan sisällön – paikkansapitävyyttä, tämän todennäköisyyttä. Seikan episteeminen todennäköisyys ei ole sama asia kuin sen näyttöarvo eli todistusvoima. Näyttöarvoon vaikuttavat todennäköisyyden lisäksi muut kredentiaalit, joiden merkitys on olennainen. Vaikuttaa toisinaan siltä, että teoreetikot ovat joko unohtaneet tai jollain tavalla vakioineet esimerkiksi todisteen relevanssin merkityksen ja vaihtelevuuden. Täysin paikkansapitäväksi todistettu seikka voi olla todistusvoimaltaan arvoton, jos se ei ole probandumin kannalta relevantti.

Todistusharkinnan keskeiseksi sisällöksi totesin edellä määritellyn todisteen näyttöarvon eli todistusvoiman ja esitetyn näytön riittävyyden arvioimisen. Edellisestä on oikeuskirjallisuudessa todettu: ”Tämä todistelun viimeinen huomattava kredentiaali on monella tavalla mitä kiistanalaisin. Vaikka on yleisesti myönnetty, että näytön todistusvoima porrastetaan yleensä todennäköisyyteen liittyvin termein, oikeustieteen tutkijoiden ja todennäköisyystutkijoiden kesken vallitsee huomattava erimielisyys siitä, miten sellainen porrastaminen pitäisi tehdä.”¹²⁸³

Jos todistusvoiman porrastaminen tuottaa vaikeuksia, vielä vaikeampi kysymys on, miten todisteen todennäköisyys määrätään – mistä saadaan se todennäköisyys tai vahvuus, joka sitten asetetaan osaksi kokonaisuutta? Useat teoriat eivät edes yritä vastata tähän kysymykseen, vaan ne tyytyvät käsittelemään näyttöarvoja, jotka on saatu jostakin valmiina.

Todistusoikeudellisesta kirjallisuudesta voidaan siis löytää melkoinen määrä erilaisia ajatusmalleja todistusharkinnan menetelmistä. Jokainen teoria, ehkä kertomusmallia lukuun ottamatta, käsittelee tai ainakin sivuaa omalla tavallaan myös todistustaakkaa ja varsinkin näyttökynnystä koskevia kysymyksiä ja oppeja. Todistustaakka ja näyttökynnys ovat tavallaan todistusharkinnan ”kääntöpuoli”, järjestelmä joka on hyvin eloisassa vuorovaikutuksessa sen kanssa.

Eräitä teorioita yhdistävä piirre näyttää olevan jonkinasteinen tieteidenvälisyys. Muiden alojen tieteenharjoittajat vaikuttavat toisinaan olevan juristeja innokkaampia levittämään menetelmiään juridiikan puolelle. Tämä näkyy erityisesti matemaattisten teorioiden kohdalla, mutta myös muualla, kuten käyttäytymistieteiden laajentumisessa todistusharkintaan. Osa pyrkii lähinnä

¹²⁸³ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 71.

kuvaamaan todistelun komponenttien sisältöä tai suhteita, osa pyrkii *analysoimaan* niitä tarkemmin, osa taas pyrkii antamaan näyttötuomarille käytännöllisiä *työkaluja* näytön käsittelyyn ja *fact-findingiin*.

Teorioita voidaan ryhmitellä myös sen mukaan, korostavatko ne enemmän arvioinnin objektiivista vai subjektiivista puolta. Tämänkin jaotteluperuste on hatara, mutta ehkä yleisesti voi sanoa, että todennäköisyysarviointeja kannattavat, usein matemaattispohjaiset teoriat kuuluisivat edelliseen, tuomarin henkilökohtaisen vakuuttuneisuuden saavuttamista edellyttävään jälkimmäiseen. Tuskin nämä luokittelut koskaan esiintyvät ”puhtaina” missään oikeusjärjestyksessä, eikä kumpakaan pääsuuntausta ole millään muotoa aiheutta etukäteen leimata toistaan paremmaksi.¹²⁸⁴

Eräisiin malleihin sisältyy vähintäänkin implisiittisesti ajatus siitä, miten asiat ovat eli *sein*-piirre, toisiin taas selkeä ajatus siitä, miten niiden tulisi olla eli *sollen*-piirre.¹²⁸⁵ Jo pääpiirteittäinen tarkastelu osoittaa, että malleja luotaessa ja esiteltäessä ei käytännön soveltuvuutta ole kovin paljon pohdittu – piirre joka ei ole yleensä lainopilliselle kirjallisuudelle, mutta joka kuitenkin varsinkin prosessioikeudessa ”sanoo viimeisen sanan”. Kuten tieteellisyyteen pyrkivien teorianmuodostuksen ponnistelujen kohdalla ehkä yleensäkin, useimpien mallien kohdalla näyttäisi olevan niin, että mallin luoja tai kehittäjä on ajatellut mallinsa *olevan* enemmän tai vähemmän yleispätevä kuvaus aiheestaan eli todistelusta ja samalla ajattelutapa, joka sitä vielä tuntemattomien soveltajien eli näyttötuomarien *tulisi* siihen tutustuttuaan ottaa käyttöön – vaikka toivetta ei aina ole *expressis verbis* tuotu esiin.

Zahle on huomauttanut, että todistusoikeudellinen teoria kuuluu oikeustieteen hankalimmin omaksuttaviin, luoksepäästäviin (vanskeligst tilgaengelige). Hänen mielestään on viitteitä siitä, että pohjoismaissa vain harvoilla tutkijoilla on tietoa tästä teoriasta; useimmat tutkijat pitävät lähtökohtanaan perinteisiä todistusmalleja, jotka kumosivat legaalisen todistusteorian ja kehittyivät vapaan

1284 Vrt. Bolding 1960, s. 14 hiukan toisin: ”In any case it seems to be more satisfactory to regard the evaluation of evidence as a calculation of probability than to regard it – as is sometimes done – as a method of arriving at ‘convictions’ or ‘beliefs’”.

1285 Niinpä esimerkiksi common law -oikeuskirjallisuudessa frekvenssipohjaisista todistusharkintateorioista hallitsevan bayesiaanisen koulukunnan kannattaja Martin toteaa, että kaikki hänen tuntemansa bayesiaanit ovat kauan sitten luopuneet ajatuksesta, että Bayesin teoreema olisi deskriptiivinen. Lähtökohta on, että se on normatiivinen: uuden todisteen perusteella tapahtuvan, todistelutilannetta koskevan näkemyksen tarkistamisen *tulisi olla* todennäköisysteorian aksiomien mukainen, ja näyttää *tulisi* evaluoida kaikki mahdollisuudet huomioon ottaen; Martin 1988, s. 173 – 174 (kursivoinnit Martinin). Diesen 2015, s. 30 tunnustaa avoimesti kehittämiensä hypoteesimallin olevan normatiivinen. Vrt. kuitenkin s. 261: hän sanoo, että hänen esittämänsä (hypoteesimetodin) metodiikka voidaan ymmärtää ”luonnolliseksi” kuvaukseksi siitä, miten todistusharkinta käytännössä tapahtuu ja siten yritykseksi avata niiden todennäköisyyslaskelmien ”päälysrakennetta”, joita eri muodoissa esiintyy doktriinissa. – Tällä en halua sanoa, ettei Diesenin teoria kävisi myös deskriptiosta siitä, mitä tapahtuu todella. – Dahlman 2018, s. 164 käsitellessään kysymystä näyttökynnyksen vaihtelemisesta erottelee tutkimuksellisesti *sein/sollen* -dikotomian lisäksi myös toisen käsitteparin: miten asia on ”voimassa olevan oikeuden mukaan” ja ”miten tuomioistuimet todellisuudessa menettelevät”. Hän toteaa, että vastausten ei välttämättä tarvitse olla yhteneviä.

todistusharkinnan hyväksymisen myötä. Zahlen mielestä oikeuskäytäntö selviää niin hyvin kuin taitaa ilman todistusteorian apua.¹²⁸⁶

Kokonaisuuksien luonnehdinta teorioiksi, periaatteiksi, kuvauksiksi tai mal-leiksi on hajanaista ja sekavahkoa. Lienee niin, ettei ole hedelmällistä yrittää etsiä täydellistä johdonmukaisuutta oikeuskirjallisuudessa eri suuntauksista tässä suhteessa käytetystä terminologiasta.

9.1.2 Kaksi päävirtausta: pascaliaanit ja baconiaanit, sekä ”välimallit”

Karkeana lähtökohtana voidaan pitää tutkimussuuntausten jakoa sen perusteella, miten tutkijat suhtautuvat matemaattisten menetelmien käyttämiseen. Tämän mukaisesti käytän seuraavassa esityksessä valtavirtojen nimityksinä termejä baconiaanit ja pascaliaanit.¹²⁸⁷ Pascaliaanit ovat saaneet nimensä kuuluisan matemaatikon Louis Pascalin mukaan, ja keskeistä näissä teorioissa on Bayesin teoreemaan tukeutuminen todistusharkinnassa. Baconiaanit taas ovat saaneet nimensä englantilaisen oppineen Francis Baconin mukaan. Hän ei turvautunut matematiikkaan vaan käytti sanallisia ilmaisuja ja turvautui näyttötuomarin inferentiaalisen päättelyn logiikkaan. Tämän leirin uranuurtajiin – ja samalla pascaliaanisten teorioiden merkittävimpiin kriitikoihin – on kuullut Cohen.

Näiden lisäksi on olemassa useita ”välimalleja”, joita ei ole tarpeen yrittää karsinoida kumpaankaan päävirtaukseen. Joillakin näistä on huomattavaakin merkitystä, toiset ovat lähinnä kuvauksia erilaisista yleisemmistä päättelymal-leista. Matematiikkaa ja frekvenssejä hyödyntävät muun muassa pohjoismaiset teema- ja todistusarvometodit, mutta niillä on omia, ”varsinaisista” pascaliaa-neista eroavia piirteitä.

Jakolinja pascaliaanien ja baconiaanien välillä ei kulje suoraviivaisesti sen paremmin kuin näytön kokonaisuutta ja yksittäisten näyttöarvojen määräämistä koskevien teorioiden rajalinja. Jonkinlaista johdonmukaisuutta on, sillä matemaattiset teoriat, niihin luettuina pohjoismaisetkin teoriat, pyrkivät tutkimaan etupäässä valmiiden näyttöarvojen käsittelyä, ja ainakin eräät baconiaaniset teoriat, kuten kertomusmalli, pyrkivät selvittämään todisteen näyttöarvon eli todistusvoiman muodostumista ja vaikutusta probandumille.

1286 Zahle 1988, s. 185. Strandberg 2012, s. 369 – 370 pitää Zahlea esimerkkinä monipuolisesta sekateoriasta, johon kaikki vakiintuneet teoriat antavat omat lisänsä, joita taas voidaan hyödyntää erilaisissa ongelmissa tai jotka voidaan yhdistää eri ainesosina yhdeksi teoriaksi. Strandberg näkee samanlaista tendenssiä anglo-amerikkalaisissa teorioissa, joista jokin osoittaa, että Cohenin teoriaa voidaan yhdistää bayesiaanisiin teoriihin, kun taas toiset väittävät, ettei todennäköisyys- ja kertomusteorian välillä ole suuria eroja,

1287 Ensimmäisiä pascaliaaninen – baconiaaninen -dikotomiaa tässä asiayhteydessä käyttäneitä tutkijoita lienee vaikea tavoittaa, mutta jaottelu on levinnyt esimerkiksi Cohenin ja Twiningin käyttämänä. Niihin viittaa muun ohella Damaška 1997, s. 56 – 57 alaviite 54. (Damaška viittaa Twiningin aikaisempaan (ensimmäiseen) painokseen (1994, Evanston, Illinois, s. 70, 118 – 122.)

Suhtautuminen matematiikkaan ja todennäköisyyden matemaattiseen käsitteeseen on siis se tekijä, joka keskeisimmin erottaa valtavirrat toisistaan. Suhtautumistavalla on omia, eri yhteyksissä näkyviä seuraamuksia. Sellaisen ”olemuksellisenä” erona voisi nähdä esimerkiksi Strandbergin tiivistämän kysymyksenasettelun erilaisuuden:

”Dette gjør at det i noen saker blir typisk bayesianiske spørsmål om x vs. ikke- x , mens det i andre saker blir typisk narrative spørsmål om x vs. y .”¹²⁸⁸

Pascaliaanit ja baconiaanit voidaan erottaa myös suhtautumisessa näyttökynnyksen asettamiseen. Keskeinen ongelma on tällöin se, miten todistettavat seikastot tulisi teemoittaa suhteessa näyttökynnykseen. Näyttövaatimuksen analyysissä päädytään lopuksi joka tapauksessa todistusharkintaan. Taustalla on yhtä kaikki päätöksentekoteorioita, joissa päätöksenteko tapahtuu todistusharkinnassa, ei näyttökynnyksen asettamisessa. Luonnollisesti nämä toiminnot ovat vuorovaikutuksessa keskenään – ainakin yleisellä tasolla, ei välttämättä yksittäisen jutun tasolla.

Nähdäkseni on keinotekoisia yrittää luoda kaikille todistusharkintaa koskeville teorioille ikään kuin vastapariksi tai peilikuvaksi ”näyttökynnyssoppi”.¹²⁸⁹

Toisaalta rajalinjoja korostamalla voidaan antaa osin vinoutunut kuva todellisuudesta. Sikäli kuin mitään raja-aitoja onkaan, eri teorioiden kannattajat joka tapauksessa ”kurkkivat myös aitojen yli”. Näin on tapahtunut Strandbergin mukaan esimerkiksi pohjoismaisten teema- ja todistusarvometodien kannattajien välillä, bayesianien ja heidän kriitikonsa Cohenin oppien välillä ja vieläpä väitetysti todennäköisyysteorian ja kertomusmallin välillä.¹²⁹⁰ Loppujen lopuksi kaikilla todistusharkintateorioilla on jokin yhteinen ominaisuus tai joitakin yhteisiä ominaisuuksia. Esimerkiksi Diesenin hypoteesimalli perustuu hypoteeseille vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen olemassaolosta. Mutta mitä ovat vaihtoehtoiset ”tapahtumainkulut”? Ne ovat toisiaan seuraavien tapahtumien kuvauksia, seikkojen ketjuja koskien näitä tapahtumia. Niitä ei oikeussalissa esitetä sinne tänne kohdistuvien kyllä/ei -kysymysten vastauksina, vaan ne ovat

1288 Strandberg 2012, s. 443. Hän mainitsee asian siinä yhteydessä, kuin hän käsittelee mahdollista kritiikkiä todennäköisyyden övervikt-periaatteen täsmentämätöntä käsitettä kohtaan. Nähdäkseni siteerattu väite ei täysin pidä paikkaansa; kyllä lähtökohtana on aina todistustaakan kantavan asianosaisen teema x ja sen myötä väistämättä vastapuolella ei- x . Ei kertomusmallillekaan ole määräävää, että vastapuolen kertomus lähtisi välttämättä ”uusille urille” (y), ja joka tapauksessa y :llä tulee olla relevanssi x :lle (sen tulee olla ei- x :n suuntainen), muuten se on merkityksetön.

1289 Strandberg 2012 lähtee juuri näyttövaatimuksista ja konstruoi ”opit” vaatimuksen eli kynnyksen näkökulmasta (”beviskravslære”). Näin voidaan nähdäkseni saada esiin näkökohtia, jotka eivät ole erityisen havainnollisia todistusharkinnan kannalta tarkasteltaessa. Kysymys on joka tapauksessa vaatimuksen ja harkinnan vuorovaikutuksesta tai ”yhteispelistä”. Suuri osa Strandbergin magnum opuksesta käsittelee todistusharkinnan kysymyksiä.

1290 Strandberg 2012, s. 367 – 369. Hän kutsuu varhempia teorioita *monistisiksi*, koska nämä tarjoavat yhden ”parhaan” todistusharkintametodin jokaiseen juridiseen näyttöongelmaan, ja uudempiä versioita, joissa eri teorioita yhdistellään, *pluralistisiksi*. Näistä pisimmälle hän katsoo menneen Zahlen teorian. (Kursivoinnit Strandbergin).

kertomuksia, narratiiveja, joista kertomusmallin kannattaja on kiinnostunut. Samankaltaisia yhdistäviä lenkkejä eri teorioiden väliltä voi löytää enemmänkin.

9.1.3 Historiasta

Twining on britti ja eräs hänen keskeisistä teemoistaan on angloamerikkalaisessa tutkimuksessa levinnyt uusi koulukunta New Evidence Scholarship. Twining käsittelee todistusoikeutta lähinnä common law'n näkökulmasta. Hän on erot-
tanut todistusoikeuden tutkimuksen piirissä kahtaallevirtaamisen ”todistelun logiikkaa” koskevan kirjallisuuden (siihen luettuna todennäköisyyttä ja näyttöä koskevat debetit) ja sen pääosin empiirisen kirjallisuuden välillä, joka koskee narratiivien ja kertomusten roolia faktoja koskevassa päätöksenteossa. Veden-
jakaja ei ole korkea, sillä jotkut kirjoittajat ovat myöntäneet paikan molemmille oikeudellisissa konteksteissa tapahtuvassa todistelututkimuksessa. Kuitenkin monia pulmia on jäljellä kertomusten ja päättelyn suhteen oikeudellisen argu-
mentaation tilanteissa. Twining sanoo kirjoituksellaan muun muassa pyrkivänsä edistämään sitä, ettei oikeus- ja tosiasiakysymyksiä koskevia keskusteluja pi-
dettäisi toisistaan erillään.¹²⁹¹

Todistelun luonnetta ja oikeudellista päättelyä koskevat kysymykset voidaan Twiningin mukaan jäljittää ainakin 1700-luvulle ja senkin taakse retoriikan monivaiheiseen historiaan.¹²⁹² Modernien angloamerikkalaisten ”näytön logiikka” koskevien debattien voidaan sanoa alkaneen noin vuonna 1970.¹²⁹³ Twining erottaa viisi päävaihetta.¹²⁹⁴

Ensimmäiseksi vaiheeksi Twining lukee ”melko käytännöllisen huolestumisen siitä, että lakimiehet olivat yleensä matemaattisesti lahjattomia ja sellaisina kykenemät-
tömiä” selviytymään nopeasti kasvavasta tilastotiedon käytöstä oikeudenkäynnissä, erityisesti niillä erityisalueilla, joihin liittyi asiantuntijatodistelua koskien sellaisia asioita kuin isyys, syrjintä, kartellit ja vakuutus. Hän viittaa tunnettuun juttuun *People v Collins*, johon liittyi kaksirotuisen pariskunnan tunnistaminen Kaliforniassa ja jossa kohdattiin vaikeuksia hänen mukaansa käsiteltäessä ”jopa kaikkein alkeel-
lisinta tilastotieteen väärinkäyttöä väitetyn ’asiantuntijan’ toimesta”. Ensimmäiset

¹²⁹¹ Twining 2006, s.332.

¹²⁹² Twining 2006, s. 332.

¹²⁹³ Twining 2006, s. 332. Strandberg 2012, s. 130 ajoittaa bayesianisen teorian näyttökynnystä koskevana 1960-luvulle, mutta todistusharkintaa koskevana jo 1800-luvun puolivälin paikkeille

¹²⁹⁴ Aikaisemmista vaiheista Anderson – Schum – Twining 2005, s. 247 – 249 (todennäköisyyden ja oikeuden ”flirttailusta”). Strandberg 2012, s. 130 mainitsee muun ohella John Kaplanin vuonna 1968 ja Alan D. Cullisonin 1969 julkaisemissa artikkeleissaan yhdistäneen hyödyn maksimoinnin subjektiiviseen todennäköisyys-käsitteeseen ja suositelleen todistusharkintaa tapahtuvaksi todennäköisyyslaskelmien klassisten aksioomien puitteissa.

kommentaattorit painottivat tilastollisen analyysin potentiaalia näytön arvioimisessa – edellyttäen että sitä käytettiin asianmukaisesti.¹²⁹⁵

Toinen vaihe, jonka johtohahmoksi Twining mainitsee Laurence Triben Harvardista, ohjautui hillitsemään matemaatikoiden innokkuutta. Tribe ja muut väittivät, että vaikka kaikki päättelyminen koskien riitaisia tosiasiakysymyksiä on periaatteessa matemaattista, olisi sekä epäasianmukaista että vaarallista käytännön menettelyä rohkaista tai sallia nimenomaisia kvantifikaatioita sellaisissa asioissa kuin rikosasian näyttöstandardi tai syyllisyyden todennäköisyys tunnistamisjutuissa. Tälle esitettiin Twiningin mukaan kolme pääsyytä: a) kommunikaatiokysymys: niin kauan kuin tuomarien ja juryjen voidaan olettaa olevan matemaattisesti lahjattomia, heille pitäisi puhua kielellä, jota he voivat ymmärtää; b) matemaattiset argumentit ovat todennäköisesti liian houkuttelevia tai vääristäviä, koska näennäisesti ”kovilla” kvantifoiduilla muuttujilla on taipumus työntää pois ”pehmeät”, ei-quantitatiiviset muuttujat, ja c) ei ole poliittisesti asianmukaista kvantifoida tiettyjä asioita, kuten hyväksyttävää riskiä syyttömän tulemisesta tuomitukseksi.¹²⁹⁶

Kolmanneksi vaiheeksi Twining katsoo Cohenin vaikutuksesta syntyneen debatin. Oxfordista oleva Cohen kyseenalaisti oletuksen, että kaikki todennäköisyyksiä koskevat argumentit ovat periaatteessa matemaattisia tai, kuten hän nimitti sitä, pascaliaanisista. Cohenin mukaan oikeus tarjoaa yhden paradigmaesimerkin ei-pascaliaanisesta induktiivisesta päättelystä. Cohen stimuloi väittelyitä useilla tieteenaloilla, varsinkin oikeustieteessä, lääketieteellisessä diagnostiikassa ja psykologiassa. Vaikka Cohenin teesi perustuu filosofisiin argumentteihin, sillä oli Twiningin mukaan selvästi poliittisia seuraamuksia. Se toimi varoituksena ”asiantuntijakulttia” (”the cult of the expert”) vastaan ja antoi teoreettista tukea uskomukselle, että tavallisilla kansalaisilla on kognitiivista kompetenssia tehdä terveitä arviointoja jokapäiväisen käytännöllisen päättelyn perusteella. Tämä on erityisen merkillepantavaa niissä oikeusjärjestelmissä, jotka panevat suuren arvon maallikoiden osallistumiselle oikeudenhoitoon. Tämän näkemyksen mukaan matemaattisesti lahjattomat tuomarit ja tavalliset valamiehet ovat kompetentteja ratkaisemaan riitaisia tosiasiakysymyksiä ja ovat tavallisesti oikeutettuja luottamaan ”terveeseen järkeen”.¹²⁹⁷

Twiningin määrittämässä neljännessä vaiheessa on esitetty voimakkaita haasteita sellaisia rationaalisuuden lajeja kohtaan kuin sekä matemaatikkojen että induktivistien kannattama propositiologiikka. Nämä haasteet ovat ilmenneet useissa muodoissa: käytännön lakimiehet erityisesti Englannissa ovat pysyneet hyvin skeptisinä

¹²⁹⁵ Twining 2006, s. 332 – 333. Collins-jutusta ja sen herättämästä keskustelusta myös Strandberg 2012, s. 141 – 143.

¹²⁹⁶ Twining 2006, s. 333.

¹²⁹⁷ Twining 2006, s. 334.

koskien matemaattisen päättelyn ja formaalisen logiikan käyttöalaa oikeudellisissa konteksteissa. Erilaiset skeptikot, relativistit ja subjektivistit kyseenalaistavat perinteelliset kysymykset rationaalisuudesta tai jopa rationaalisuuden mahdollisuudesta faktadeterminaatiossa. Twiningin mukaan näyttää myös vallitsevan suuri kuilu matemaatikkojen ja jopa kaikkein maltillisimpienkin postmodernistien yltyvään ”tappeluunjakkaan” osallisten välillä. Eräät empiiriset yhteiskuntatieteilijät ovat tuottaneet hänen mukaansa vakuuttavaa näyttöä siitä, että käytännössä valamiehet ja näyttötuomarit päätyvät yksittäisiä menneitä tapahtumia koskeviin arviointeihin arvioimalla kertomusten uskottavuutta. Valamiesten sanotaan etenevän ”holistisesti” vertaamalla kilpailevia kertomuksia, tekemällä ratkaisun syyttäjän tai muun kertomukseen tukeutuvan asianosaisen vetoaman kertomuksen uskottavuudesta ja rekonstruoimalla oman versionsa tapahtumista heille esitetystä materiaalista.¹²⁹⁸

Viidenneksi vaiheeksi Twining näyttää lukevan kertomusmallin leviämisen common law’n ulkopuolelle.¹²⁹⁹ Twiningin mukaan ”tutkijat Hollannista, johtajanaan Hans Nijboer ovat esittäneet viimeisimmät angloamerikkalaiset ideat Manner-Euroopalle ja prosessin aikana innostaneet mielenkiinnon heräämään jälleen todistelun teorian ja käytännön tutkimiseen siviililakijärjestelmissä. Aivan viime aikoina kolme psykologian tutkijaa Alankomaista on analysoinut ja kritisoinut oman maansa rikosprosessia ”ankkuroitujen narratiivien” teorian perusteella, joka teoria juontaa vahvasti juurensa amerikkalaisesta kirjallisuudesta. Tämä tuo esiin, että kertomusmalli ei ole rajoittunut juryihin tai common law’n adversariaaliseen menettelyyn”, Twining toteaa.¹³⁰⁰

Twining tiivistää, että on olemassa ilmeinen jännite toisaalta psykologisten, yksittäisten menneiden tapahtumien rekonstruktioon liittyvää päätöksentekoa koskevien ”holistisen” narratiivikerronnan kuvausten ja toisaalta ”atomististen” analyttisten faktakysymyksiä koskevien päättelykuvausten välillä. Eräs ongelmista voidaan hänen mukaansa muotoilla seuraavasti: logikot väittävät, että taustayleistykset ovat välttämättömiä faktakysymyksiä koskevassa päättelyssä, ja psykologisesti suuntautuneet katsovat, että kertomukset ovat välttämättömiä päätöksenteon prosessissa tässä kontekstissa. Twining katsoo kuitenkin olevan ”aivan helppoa” näyttää, että molemmat ovat mahdollisesti kumouksellisia faktojen arvioimista koskevan oikeaoppisen rationalistisen ajattelutavan kannalta.

1298 Twining 2006, s. 333 – 334. Hän mainitsee kyseisinä yhteiskuntatieteilijöinä Penningtonin, Hastien, Bennettin ja Feldmanin. – Lähinnä tähän vaiheeseen liittyyne Strandbergin 2012, s. 130, mainitsema ”angloamerikkalainen todennäköisyysdebatti”. Vaiheeseen liittyy nähtävästi kertomusmallin nousu tärkeäksi teoriaksi. Eräänä kriittikkona ja kertomusmallin kannattajana hän mainitsee Ronald J. Allenin.

1299 Twining tosin näkee tilanteen viitekehjoksensä mukaisesti New Evidence Scholarship’in ”astumisena uuteen vaiheeseen”, mutta vaihe voidaan käsittääkseni nähdä myös ilman tätä attribuuttia.

1300 Twining 2006, s. 334. Hän viittaa tässä (alaviite 23) teokseen Wagenaar – Van Koppen – Crombag 1993 (Anchored Narratives: the Psychology of Criminal Evidence (London)).

Hänen mielestään sekä yleistykset että kertomukset ovat välttämättömiä, mutta vaarallisia tässä yhteydessä.¹³⁰¹

9.1.4 Cohenin kolmijako

Cohen¹³⁰² puolestaan jakoi vuonna 1977 tutkijoiden teoriat ja suhtautumistavat kolmeen leiriin. Erotteluperusteina oli suhtautuminen matematiikan käyttämiin työvälineisiin sekä perinteisen todennäköisyyskäsitteen sekä bayesianisen päättelyn hylkääminen. Nämä kolme suuntausta ovat seuraavat:

1) (judisiaaliset) todennäköisyydet ovat tai ainakin niiden tulee katsoa olevan matemaattisia. Esimerkkinä hän mainitsee 1800-luvun matemaatikon George Boolen, jolla ei ilmeisestikään ollut mitään vaikeutta olettaa, että tällainen todennäköisyys on mitattavissa oleva suure. Yhä edelleen amerikkalaisissa oikeustieteellisissä julkaisuissa esiintyy kannatusta todennäköisyyden käsittämiseksi toisinaan objektiivisesti frekvenssin mittana ja toisinaan subjektiivisena valamiehen uskomuksen mittana. Samanlaisia näkemyksiä on esiintynyt myös Manner-Euroopassa koskien mannermaisia oikeusjärjestelmiä.¹³⁰³

2) Hiukan enemmän kannatusta on käsityksellä, että sellainen todennäköisyys on periaatteessa matemaattinen, mutta ei käytännössä laskettavissa, mikä johtuu inhimillisten asioiden monimuotoisuudesta, relevantin tilastollisen datan niukkuudesta tai uskomuksen intensiteetin mittaamisen vaikeudesta. Yksittäisen tilanteen todennäköisyys on aina jokin prosenttiluku, mutta kukaan ei voi koskaan määrätä tarkoin, mikä. Väite on hypoteettinen ja tosiseikkojen vastainen: ”jos *voisimme* mitata sellaisen todennäköisyyden, se *noudattaisi* matemaattisia periaatteita, mutta käytännössä emme voi mitata sitä.” Usein tutkijat pitivät annettuna tai jättivät implisiittiseksi yleisen väitteen, että sellainen todennäköisyys on matemaattinen, ja tyytyvät kiinnittämään huomion tämän seikan erityisiin seuraamuksiin tai painottavat tarkkojen numeeristen määrittelyjen käytännön mahdottomuutta. Sittemmin L. H. Tribe on väittänyt, että judisiaalisten todennäköisyyksien määrittäminen lukuina ei ole suotavaa, paitsi aivan erityistilanteissa. Sen esittäminen tarkkana on väistämättä harhaanjohtavaa ja pyrkii horjuttamaan tärkeitä inhimillisiä arvoja. Silti hänkään ei kyseenalaista sitä, että ne noudattavat matemaattisen laskelman rakenteen periaatteita. Toiset ovat olleet sitä mieltä, että kyseiset todennäköisyydet eivät edes periaatteessa ole matemaattisia.¹³⁰⁴

¹³⁰¹ Twining 2006, s. 334.

¹³⁰² Cohen 1977, s. 52 – 56.

¹³⁰³ Cohen 1977, s. 52.

¹³⁰⁴ Cohen 1977, s. 52 – 54.

3) Kolmas näkemys on vahvin mutta käytännössä vähiten vakiintunut näkemys. Sen intuitiiviset tai dogmaattiset väitteet matematismin virheellisyydestä tulee korvata riittävän vakuuttavilla argumenteilla. Ja sen hatarat ja inkohereetit viittaukset todennäköisyyden ei-matemaattiseen käsitteeseen on tarpeen korvata yksityiskohtaisella kuvauksella sellaisen käsitteen rakenteesta, selityksellä siitä, miksi sitä nimitetään todennäköisyydskäsitteeksi, ja osoituksella sen kyvystä suorittaa helposti ne tehtävät, jotka matemaattinen todennäköisyys pystyy suorittamaan vain suurin vaikeuksin tai paradoksein.¹³⁰⁵

Cohenin teos tähtää viimeksi mainittuihin korvaamisiin.¹³⁰⁶

9.1.5 Muita jaotteluja: Diesen, Strandberg

Diesen jakaa teorialaueksriiptiivisiin malleihin, frekvenssiin perustuuiin teoriioihin, päätöksentekoteorioihin ja analyyttisiin malleihin. Desksriiptiiviset mallit kuvaavat todistusharkinnan tapahtumista älyllisenä prosessina, ja lähin aputiede on psykologia; frekvenssiteorialaueks pyrkivät laskemaan tapahtumien todennäköisyyden, aputieteenään matematiikka, päätöksentekoteorialaueks arvioivat väärän johtopäätöksen riskiä, aputieteenään taloustiede, ja analyyttiset mallit antavat todistusharkinnalle rakenteen, aputieteenään filosofia.¹³⁰⁷

Strandberg jakaa todistusharkintateorialaueks, niin kuin näyttövaatimustakin koskevat teorialaueks, todennäköisyyteen ja uskottavuuteen (plausibiliteettiin) perustuuiin.¹³⁰⁸ Hän yhdistää tähän toisen jaon, nimittäin tarkastelutavan jakamisen atomistiseen ja holistiseen. Hänen mukaansa plausibiliteettiteorialaueks kannattajat sanovat kernaasti todennäköisyyteen perustuvassa päätteelyssä olevan atomistisen asenne ja plausibiliteettisessä päätteelyssä holistinen asenne¹³⁰⁹. Atomistisen todistusharkinnan Strandberg määrittelee niin, että todistusharkinta on (muuhun todistusharkintaan verrattuna) atomistisempaa, jos se hajottaa todisteluilanteen useampiin osiin, joita analysoidaan enemmänkin erillään toisistaan ja jotka saavat todistusarvon, jota vahvahkosti ohjaavat yhteenlaskusäännöt. Nuo kolme tyypillistä piirrettä ovat siten osittaminen, eristäminen ja yhteenlasku.¹³¹⁰

¹³⁰⁵ Cohen 1977, s. 56.

¹³⁰⁶ Cohen 1977, s. 56 – 57.

¹³⁰⁷ Diesen 2015, s. 30.

¹³⁰⁸ Strandberg 2012, s. 375 – 382.

¹³⁰⁹ Strandberg 2012, s. 382.

¹³¹⁰ Strandberg 2012, s. 386 – 387. "Osittaminen tarkoittaa näyttöarvon antamista todisteluilanteen osille eli yhden todisteon osille, yhdelle todisteelle tai yhdelle todisteiden ryhmälle. Eristäminen tarkoittaa, että tietyllä todisteella tai todisteiden ryhmällä on määrätty näyttöarvo määrätystä todistusteemasta, riippumatta muista käsillä olevista todisteista. Yhteenlasku tarkoittaa, että on olemassa säännöt, miten yksittäisten todisteon osien, yksien todisteiden tai yksien todisteiden ryhmien näyttöarvot kombinoidaan yhdeksi todistusarvoksi teemalle, joka perustuu koko todistustilanteeseen. Jokaisella todisteella on oltava rooli tai joitakin määrättyjä tai määriteltyjä rooleja harkinnassa, joka päättyy todistusteemaa koskevaan kannanottoon

Holistisen teorian kolme pääpiirrettä taas ovat pitkälti näiden vastakohtia. Myös holistinen teoria antaa kyllä näyttöarvon todistusteemalle koko todistelutilanteen pohjalta. Todisteella tai niiden ryhmällä ei kuitenkaan ole toisista todisteista eristettyä todistusarvoa, vaan todisteella on näyttöarvo suhteessa koko todistelutilanteeseen tai sen taustalla.¹³¹¹

Strandberg varoittaa kuitenkin samaistamasta todennäköisyysteoria – plausibiliteettiteoria – dikotomia atomismi – holismi – dikotomian kanssa; erityisesti on liian pitkälle menevää sanoa, että edelliset olisivat atomistisia. Laskusääntöt koskevat kyllä vain yhdistettyjä todennäköisyyksiä, ja niitä voidaan siten käyttää vain todistusharkinnassa, kun asia jaetaan todiste(ryhmiin). Ne eivät kuitenkaan sano tai edellytä mitään sen suhteen, mikä on yksi ja sama todiste, eivätkä estä näyttötuomaria asettamasta samalle todennäköisyysasteelle useita todisteita, jotka sitten yhdistetään toisten todisteryhmien kanssa. Mitään laskusääntöjä todennäköisyyslausuman antamiseksi ei tarvita. Laskusääntöjen viemisessä liian pitkälle piilee kuitenkin liian vahvan atomismin riski. Strandberg mainitsee Jeremy Benthamin ja Wigmoren saaneen kritiikkiä ja Ekelöfin todistusarvoteorian olevan paras pohjoismainen esimerkki.¹³¹²

Karkeasti ottaen Strandbergin todennäköisyys – plausibiliteetti -jaottelu näyttää noudattavan jakoa toisaalta bayesiaanisiin teorioihin, toisaalta kertomusmalliin ja sen heimoon kuuluviin teorioihin.

9.1.6 Jaottelusta seuraavassa esityksessä

Seuraavassa esityksessä käytän karkeana jakolinjana sitä jo edellä viitattua erotavaa piirrettä, turvaudutaanko mallissa matemaattisten suureiden käyttöön vai perustuuko se pääasiallisesti sanalliseen tai muuhun esitystapaan. Vastinparina näille kriteereille voisi pitää dikotomiaa kvantitatiivinen – kvalitatiivinen. Kvantitatiivinen metodi tarkoittaa mittaamista, kuinka paljon todennäköisyyttä tai varmuutta on tai on oltava; kvalitatiivinen metodi taas etsii kvaliteettia, joka on ilmiölle tyyppillinen.¹³¹³ Varsinaisia päätöksentekoteorioita, jotka ottavat huomioon väärän ratkaisun taloudelliset riskit, en käsittele laajasti.

kaiken näytön yhteenlaskun tuloksena. Tämä taas edellyttää, että todistelutilanteen osat ovat määrättyissä suhteissa keskenään. Siksi atomistiset teoriat panevat suurta painoa käsitteille, jotka määrittelevät tällaisissa arvioinneissa yksittäisen osan funktiot: käsitteet todistusteema, oikeustositseikka, todistustositseikka, todistusdata, aputositseikka, kokemuksella tarkoittavat juuri sitä funktiota, joka informaation osasella (bitillä) on todistusharkinnassa.”

¹³¹¹ Strandberg 2012, s. 387. Hän toteaa, että tämän vuoksi holistinen tarkastelutapa ei ole niin kiinnostunut käsitteistä, jotka harkinnassa antavat yksittäisille todisteille määrätty funktiot, vaan niiden kokonaisrakenteiden (kertomusten, paradigmojen tms.) ilmituomisesta, joista yksittäiset todisteet taustalla saavat merkityksensä ja näyttöarvonsa. Holismin aste vaihtelee sen mukaan, miten vahvasti yksittäiset todistusdatat vaikuttavat tosiinsa, mikä on muihin vaikuttavan todistusdatan määrä ja missä määrin poistetaan erotteluja todistus-teemojen, todistustositasioiden jne. väliltä, hän toteaa.

¹³¹² Strandberg 2012, s. 387 – 388.

¹³¹³ Ks. Diesen 1994, s. 111.

Analyyttistä tutkimusotetta sivuan lähinnä alun alkaen Wigmoren kehittämien jäsentämistapojen¹³¹⁴ esittelyssä.¹³¹⁵ Wigmoren kartalla tai verkolla tarkoitetaan yksinkertaisesti todistettavien tosiseikkojen pyramidinkaltaista rakennelmaa, jossa alemmat portaat muodostuvat todistustosiasioista, toiseksi ylin vastaa paenultima probandaa ja ylin ultima probandaa eli viimekätisiä tunnusmerkistönmukaisia oikeustositseikkoja. Seikkojen keskinäiset suhteet yhdistetään verkostoksi tai ”kartaksi”.¹³¹⁶

Lähinnä common law -pohjaisessa todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa tehdään suunnilleen samalta pohjalta perusjako pascaliaaneihin ja baconiaaneihin. Käytän tätä ”perusjakona”.

Jossain määrin näiden valtavirtojen väliin jäävät pohjoismaiset todennäköisyysteoriat. Olennaista niille on, pascaliaanien tapaan, numeraalisten frekvenssien käyttö todennäköisyyden ilmaisijoina. Tämä tapahtuu tavallisesti asteikkoa hyödyntäen, mutta sanallisetkaan ilmaisut todennäköisyyden asteille eivät ole vieraita. Kokonaisarviointi lopuksi perustuu kvalitatiiviseen ”intuitiiviseen kokonaisarviointiin” tai ”harkinnanvaraiseen kokonaisarviointiin”, kun arvot ovat epävarmoja.¹³¹⁷ Nämä teorit luokitellaan jäljempänä ”semipascaliaanisiksi”. Klami tutkijaryhmineen voitaneen lukea myös tähän ryhmään.

Pidättyväisessä suhtautumisessaan matematiikkaan selkeimmin baconiaanisista ovat ”perinteinen” näyttötuomarin subjektiivisen vakuuttuneisuuden malli, parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn malli ja abduktiivisen päättelyn malli. Tähän ryhmään voidaan lukea myös Diesenin hypoteesimalli eli vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen tai selitysten poissuljennan malli, jota saatettaisiin pitää myös eräänä parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn mallin alalajina. Kun

1314 Ks. Wigmore 1913, s. 16 – 17: Päättely on induktiivista. Lähdetään yksittäisestä tai erillisestä faktasta ja sen perusteella tehdään välittömästi johtopäätös koskien kysymyksessä olevaa väitettä. S. 19: Väliaikainen testi judisiaalisen todistelun näkökulmasta olisi tämänkaltaisen: viittaako todistustositseikka haluttuun johtopäätökseen (ei ainoana järkevänä hypoteesina, mutta) uskottavimpana tai luonnollisimpana hypoteesina (tai selityksenä) eri ajateltavissa olevista hypoteeseista? Tai (jos vaatimus lausutaan heikommin), onko haluttu johtopäätös (ei luonnollisin, mutta) *eräs* luonnollisista eri ajateltavissa olevien johtopäätösten joukossa (kursivointi Wigmoren)? – Kun kaikki muut todistustositseikat on tuotu esiin ja harkittu, verkon solmimisesta / verkkojohtopäätöksen tekoa (the net conclusion) voidaan yrittää. Sillä hetkellä, kun käsitellään jokaisista erillistä faktaa, ainoa kysymys on väliaikainen: miten todennäköinen on probandum tämän probansin perusteella?

1315 Diesen 2015, s. 48 – 49, lukee Wigmoren ja myös Andersonin ja Schumin, jotka käyttävät opetuksessa Wigmoren verkkoa tai ”karttaa”, argumentaatioanalyysin piiriin. Schum on kuitenkin havaintoni mukaan esiintynyt myös bayesiaanisessa koulukunnassa, ks. Schum 1998, s. 217. Tosin tutkijan ”luokittelu” voi lopulta olla Sisifyksen työtä, koska tutkijalla on vapaus muuttaa mieltään ja koska koulukunnalla ei välttämättä ole todellisuudessa suuria eroja.

1316 Tämä on yksinkertaistamani ja pelkistämäni versio. Sitä kuvaa esimerkiksi Anderson – Schum – Twiningin 2005, s. 95 esittämä ”mikrokartta”. Dahlman 2018, s.25 esittää Wigmoren erään jutun perusteella tekemän perusteellisemman kartan (*Hatchett v. Commonwealth* vuodelta 1882).

1317 Ks. Diesen 1994, s. 112. Hän katsoo (ehkä hiukan yllättäenkin), että kvantitatiivinen ja kvalitatiivinen vaihe todistusharkinnassa voidaan erotella soveltamalla osin selvitysvaativuutta, osin näyttövaativuutta: ensin tutkitaan, miten jutun faktat suhtautuvat tämänkaltaiseen tyyppitapaukseen, sen jälkeen arvioidaan, käyttäen pohjana näiden faktojen suhdetta relevantteihin muuttujiin, muodostaako syntyvän teonkuvaus ainoan järkevän selityksen.

Diesenin mallin yhteydet Coheniin ja tämän induktiiviseen malliin ovat kuitenkin ilmeiset, käsittelen sitä heti Cohenin jälkeen. Norjalainen Strandberg on samoilla linjoilla kuin Diesen; ehkä voitaisiin puhua jo Diesenin-Strandbergin mallista? Strandberg toteaa kyllä, että bayesiaaninen näyttövaatimusoppi Norjassa ”står sterkt”.¹³¹⁸

Pohjoismainen överbikt- eli näyttöenemmyys-malli hyödyntää matemaattista ajattelua ja asteikkoa, mutta ainakin silloin kun sitä sovellettaessa ei käytetä yhden prosentin ”tarkkuuksia”, se voitaisiin ehkä lukea myös baconiaanien leiriin.

Löysästi baconiaanien leiriin voidaan vielä lukea tällä hetkellä suosiossa oleva kertomusmalli (story-telling) ja eräitä muita, joita mm. Twining ja Kolflaath luettelevat. Kolflaathilla on myös oma kolmen näkökulman malli.

Cohen on esittänyt kolme teoreettista vaikeutta, joka jokaisen mallin, jolle vaaditaan sovellettavuutta rikosasian todistusharkinnassa, tulee ottaa huomioon (ja mieluummin voittaa):

- 1) on otettava huomioon yksittäisen jutun ainutkertaisuus. Tämä tarkoittaa sitä, että käytettävän todennäköisyyskäsitteen täytyy ottaa huomioon se, että arvioitavana voi olla juuri erityistapaus.
- 2) On otettava huomioon argumenttien painoarvo. Mitä enemmän relevantteja seikkoja on tullut selvitetyn, sitä suurempi varmuus arvioinnilla on (= robustius)
- 3) On otettava huomioon ennalta olevat näkemykset. Jo ennen näytön arviointia on olemassa seikkoja, jotka puhuvat sen puolesta, että syytetty kuuluu oikeaan populaatioon (sukupuoli, ikä, ruumiinrakenne, paikkatuntemus jne.) Tätä teeman alkuperäistodennäköisyyttä, todennäköisyyttä sille, että summittainen valinta populaation joukosta on oikea, ei saa sekoittaa jutun näyttöön sinänsä.¹³¹⁹

Itse Cohen katsoi induktiivisen teoriansa kuuluvan baconiaaniseen ”leiriin”.¹³²⁰

Malleja voisi jaotella muillakin perusteilla. Tavallinen on jako atomistisiin teorioihin ja kokonaisvaltaisiin teorioihin. Atomistiset teoriat painottavat yksittäisten seikkojen erillisarviointia. Kokonaisvaltaisista teorioista ehkä tunnetuin on kertomusmalli, joka painottaa kokonaisvaltaisen kertomuksen tärkeyttä. Eräänä erottelukriteerinä, joka osuu osittain päällekkäin mainitun jaottelun kanssa, voi myös pitää sitä, miten päättely harkinnassa mallin mukaan suuntautuu. Atomistiset mallit lähtevät useimmiten siitä, että päättely etenee todisteesta teemaan eli (yksinkertaistaen lausuttuna) todistustositseikasta oikeustositseikkaan – tai

¹³¹⁸ Strandberg 2012, s. 131.

¹³¹⁹ Näin Cohen Diesenin, 1994 s. 31 – 32, mukaan.

¹³²⁰ Cohen 1977, s. 43. Samalla linjalla Anderson – Schum – Twining 2005, s. 257 – 259 ja Strandberg 2012, s. 146 alav. 641.

todistusarvoteoriassa toisin päin teemasta todisteeseen, mutta joka tapauksessa yksisuuntaisesti. Kertomusmallissa päättely voi sen sijaan edetä myös molempiin suuntiin eli oikeustosisesta todistustosisikkaan tai ylemmän portaan todistustosisesta alemman tason vastaavaan ja samalla toiseen suuntaan.¹³²¹ Tämän kuvaamiseen sopisi systeemiteoria.

Kertomusmalli, Zählen käyttäytymismalli ja vastaavat mallit eivät ole ensisijaisesti todennäköisyysmalleja. Niiden sisältöön ei kuulu lähtökohtaisesti matemaattinen (frekventistinen) osuus kuten todennäköisyysteorioissa. Ne saavat kuitenkin matemaattisen todennäköisyysmallin piirteitä silloin, kun seikkojen arvoa harkitaan antamalla sille matemaattinen kuvaaja – vaikkakin mielivaltaisesti. Toisin sanoen, jos todistajankertomus ”matematisoidaan” 0.7:n todistusarvoa vastaavaksi, tuo todiste elää siitä alkaen matemaattista elämää kuten muutkin lukuarvot, jos niitä käytävää teoriaa sovelletaan.

Ehkä uusin tai ainakin eräs uusimmista malleista lienee monikriteerianalyysi, MKA. Nimi kattaa laajan, muilla toiminta-aloilla käytännössä olevan arviointi- ja päätöksentekomenetelmän ja sisältää siten erilaisia toteuttamismuotoja.¹³²² Eri asetetuille kriteereille annetaan arvoja, pisteitä, ja näitä punnitaan keskenään. Lindell on esittänyt esimerkkinä sovelluksesta oikeustoimilain 36 §:n mukaisen kohtuuttomuusarvioinnin.¹³²³ Aika näyttää, missä määrin MKA:lla voi olla todellisia sovelluskohteita todistelussa. En käsittele tätä laajemmin.

9.1.7 Kuokkavieraan tapaus

Matemaattisten todistusharkintateorioiden yhteydessä usein esitetyssä esimerkissä kysymys on rodeon katsomoon maksamatta päässeistä kuokkavieraista ja rodeon järjestäjän mahdollisuuksista saattaa tällaiset pummit edesvastuuseen.¹³²⁴ Kuokkavieraan tapauksen on käsittääkseni ehkä ensimmäisenä esittänyt Cohen kritisoidessaan matemaattisia teorioita erityisesti siitä, miten ne soveltamansa negatioperiaatteen vuoksi riitajutussa päätyvät bop-standardiin yhdistettyinä vaikeasti hyväksyttäviin lopputuloksiin.¹³²⁵

¹³²¹ Ks. tästä Kolflaath 2013, s. 93 – 96. – Kolflaathin esityksestä päätellen, että vuorovaikutus ulottuu hänen mukaansa todistusdataan saakka: siis kertomusmallin puitteissa esimerkiksi todistusfaktasta voidaan päätellä jonkin todistusdatan olemassaolo. Näin käytännössä onkin, erityisesti oikeudenkäyntiä edeltävässä kartoituvaiheessa: asianajaja, joka kuuntelee päämiehensä kanteen pohjaksi tulevaa kertomusta, voi havaita siinä olevista seikoista ”datatason” seikkoja, jotka antavat hänelle aiheen selvittää jotakin kysymystä ja siihen ehkä saatavaa näyttöä tarkemmin, tai tuoda esiin tällaisen hypoteettisen kysymyksen, jonka paikkansapitävyttä tai merkitystä kokonaisuuden kannalta ja osana on syytä selvittää ennen oikeudenkäyntiä tai siihen ryhtymistä koskevaa päätöstä. – Kolflaath joka tapauksessa pitää perinteisen päättelymallin puutteena sitä, että siinä päättely tapahtuu vain yhteen suuntaan. Toisin on siis kertomusmallissa, jossa *vekselvirkninger* kulkevat molempiin suuntiin.

¹³²² Lindell 2015, s. 73 – 79.

¹³²³ Lindell 2015, s. 97 – 99.

¹³²⁴ Ks. edellä jakso 7.1.3.3.

¹³²⁵ Cohen 1977, s. 74 – 75.

Kuokkavieraan tapauksessa – tai paradoksissa – on lähtökohtaisesti tiedossa, että rodeon katsomon penkeille tuli 1.000 katsojaa. Kun kassa tarkastettiin, havaittiin kuitenkin, että vain 499 tulijaa oli maksanut sisäänpääsynsä. 501 oli siis tullut sisään maksamatta. Asetelmaan voi kuulua, ettei muuta näyttöä kuin tämä ”populaation jakauma” ole tiedossa, jolloin sivutaan puhtaan tilastonäytön käyttämistä ratkaisuperusteena. Ketä vastaan rodeon järjestäjä nostaisi kanteen, ja miten tuomioistuimen olisi toimittava, jos hän sen nostaisi? Tätä käsittelen jäljempänä Cohenin yhteydessä.

9.2 Pascaliaaniset (matemaattiset) mallit. Bayesin teoreema

9.2.1 Johdantoa. A priori ja a posteriori

Strandberg luettelee viisi piirrettä, jotka yhdistävät bayesiaanisen ideaaliteorian kannattajia, sikäli kuin on kysymys teorian määrittelystä *näyttökynnyksen* kannalta: 1) jokainen näyttökynnys on todennäköisyysvaatimus; 2) todennäköisyysvaatimus tarkoittaa sellaista todennäköisyyden astetta, jonka tulee olla todistustaakan kantavan asianosaisen tosiseikkaväitteellä ja jonka on oltava enemmän tai vähemmän vahvempi kuin väitteen negation todennäköisyyden; 3) todennäköisyyskäsite on subjektiivinen, mutta siihen voi liittyä objektiivista ainesta; 4) todennäköisyysvaatimusta seuraa todistusharkinta, johon enemmän tai vähemmän vaikuttavat perinteiset todennäköisyysteoreettiset aksioomat; ja 5) todennäköisyysvaatimuksen määrittävät tietyt konsekvettiset eli seurauksiin liittyvät tavoitteet eli tarkoituksena on maksimoida odotettavissa oleva (yhteiskunnallinen) hyöty.¹³²⁶ Kun bayesiaanisia teorioita tarkastellaan *todistusharkinnan* kannalta, keskeisin yhdistävä piirre nähdäkseni on kohdassa 4 mainittu, niin kuin luonnollista onkin. Esimerkiksi kohdassa 5 mainittu piirre ei koske matemaattista todistusharkintaa lainkaan: se liittyy yksinomaan päätöksentekoteoriaan liitettylle hyödyntavoittelun päämäärälle, joka taas on vieras jo esillä olevasta aineistosta matemaattisilla kaavoilla laskettaville todennäköisyysarvoille.

Matematiikan käyttöä todennäköisyyksien määrittämiseen on harjoitettu jo kaukaisista ajoista lähtien. Muinaisilla kreikkalaisilla ja roomalaisilla ei tämä ala ollut erityisesti mielenkiinnon kohteena, vaikka heillä oli muutoin matemaattisesti lahjakkaita oppineita. Kuvaavaa on, että todennäköisyyslaskenta sai vuosisatojen kuluessa voimakkaat virikkeensä uhkapelin harjoittamisesta. Gillies kertoo kuitenkin, että jo kauan sitten tehtiin yrityksiä soveltaa matemaattista

¹³²⁶ Strandberg 2012, s. 131.

laskentatapaa myös sen todennäköisyyden arvioimiseen, oliko syytetty esitetyn todistelun valossa syyllinen.¹³²⁷

Todennäköisyyden klassinen määrittely¹³²⁸ perustuu tapahtumiin, jotka ovat keskenään yhtä mahdollisia: jos tapahtumien lukumäärä on n ja lopputulosta A suosivien määrä niistä on m , kaava on

$$P(A) = m/n.$$

Matemaattisten teorioiden keskeisiä käsitteitä ovat a priori- ja a posteriori -todennäköisyyden tai näytön vahvuuden arvot. A priori kuvaa alkutilannetta ennen kysymyksessä olevan todisteen arvon yhdistämistä alkutilanteeseen, a posteriori taas todistelutilannetta, kun se on yhdistetty; toisin sanoen a posteriori -arvosta näkyy, mikä vaikutus – positiivinen tai negatiivinen – todisteella on alkutilanteeseen verrattuna ollut.

9.2.2 Bernoulli – Boolean kaava

Jos p on yleinen todennäköisyys sille, että A sanoo totuuden, ja q yleinen todennäköisyys sille, että B puhuu totta; on tarpeen löytää todennäköisyys sille, että jos he kertovat samalla tavalla, he molemmat puhuvat totta. Samalla tavalla kertominen implikoi, että he joko molemmat puhuvat totta, minkä todennäköisyys etukäteen on pq , tai että he molemmat puhuvat valhetta, minkä todennäköisyys etukäteen on $(1-p)(1-q)$. Siten etukätestodennäköisyys sille, että he kertovat samalla tavalla, on $pq + (1-p)(1-q)$ ja todennäköisyys, että jos he kertovat samalla tavalla, he kertovat samalla tavalla totta, ilmenee vastaavasti kaavasta¹³²⁹

$$w = \frac{pq}{pq + (1-p)(1-q)}$$

¹³²⁷ Gillies 2010, s. 8. Hän ajoittaa viimeksi mainitun lausumansa vuosien 1650 – 1800 väliselle ajalle, joka oli todennäköisysteorian syntyäiköä – matemaattisen todennäköisysteorian katsotaan hänen mukaansa (s. 3) yleisesti alkaneen Pascalin ja Fermatin välisestä kirjeenvaihdosta vuonna 1654. Syinä siihen, että kreikkalaiset ja roomalaiset eivät tunteneet suurta kiinnostusta todennäköisyyksiä koskevaan matematiikkaan, Gillies 2010, s. 22 – 23 mainitsee puuttuvat aritmetiikan ja algebran taidot sekä nykymuotoisten arpakuutioiden puuttumisen – arpaa kyllä heitettiin mutta toisenlaisilla välineillä kuin nykymuotoisilla nopilla tai kolikoilla. Uhkapeleistä inspiroimassa todennäköisyyslaskennan kehittymistä Gillies 2010, s. 4 ja 10.

¹³²⁸ Gillies 2010, s. 17.

¹³²⁹ Cohen 1977, s. 95 – 96. Hän toteaa, että kaavaa voidaan ilmeisesti soveltaa myös muunlaisen näytön yhteisvaikutukseen samalla plausibiliteetilla kuin todistajanäyttöön. Olkoon p todennäköisyys sille, että tosiseikka A syyllistää henkilön oikein, ja q todennäköisyys sille, että tosiseikka B tekee samoin. Jos ne nyt ovat itsenäisesti samansisältöiset siitä, kenet ne syyllistävät, tämä yhteisvaikutus implikoi, että ne joko molemmat syyllistävät oikein todennäköisyydellä pq , tai molemmat syyllistävät väärin todennäköisyydellä $(1-p)(1-q)$. Niinpä Cohenin mukaan näyttää siltä, että sama kaava ilmaisisi todennäköisyyden sille, että jos faktat A ja B vaikuttavat yhdessä, henkilö jonka ne syyllistävät, on syyllinen.

9.2.3 Kolmogorovin kolme perusaksioomaa

Venäläinen matemaatikko Andrei Kolmogorov esitti vuonna 1933 seuraavat kolme todennäköisyyden käsitettä koskevaa perusaksioomaa:

- 1) todennäköisyydet ovat joko positiivisia lukuja tai ne ovat nolla (ei ole olemassa negatiivisia todennäköisyyksiä)
- 2) varman tapahtuman (varma tapahtumaan) todennäköisyys on 1.0.
- 3) jos kaksi tapahtumaa eivät voi sattua yhdessä, todennäköisyys sille, että jompikumpi niistä sattuu, on yhtä kuin niiden erillisten todennäköisyyksien summa.

Nämä kolme ominaisuutta ilmaisevat, että todennäköisyydet ovat lukuja nollan ja yhden välillä (nämä mukaan lukien) ja että ne ovat yhteenlaskettavissa olevia, toisensa poissulkevia tapahtumia.¹³³⁰

9.2.4 Muita peruskaavoja, mutta hiukan varauksellisuutta

Peruskaavat yksinkertaistavat todistusharkintateorioiden esittelyä. Eräs keskeisimmistä kuvaa tietyn seikan ilmenemisen tai paikkansapitävyyden todennäköisyyttä ja kertoo tuon todennäköisyyden frekvenssisuhteena (*likelihood ratio*) samanlaisten tapausten otantaan. Yksinkertainen esimerkki voisi olla seuraava.

T on todistusteema ”X puukotti Y:n kuoliaaksi” ja E on evidenssiä siitä, että tekopaikalta puukosta löytyi X:n DNA:ta. Frekvenssiin perustuva todennäköisyys, että syytetty X on tekijä, *voitaisiin laskea, jos* käytössä olisi mahdollisimman suuresta tapausten joukosta tehty tilasto siitä, miten usein sellaisessa tapauksessa (T) syytetyn DNA tekovälineessä (E) kertoo tekijän henkilöllisyyden, eli miten usein E esiintyy, kun T esiintyy. Kaava on muotoa

P (E|T)

jossa

T = todistusteema eli syytteen väite ”X on puukottanut Y:n kuoliaaksi”

E = tekopaikalta puukosta löytyy X:n DNA:ta.

Tämä voidaan esittää myös ilmaisulla ”E:n todennäköisyys ehdolla T” tai ”E:n todennäköisyys, kun T on annettu”.

¹³³⁰ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 251 (”additive across mutually exclusive events”). He nimittävät tällaista todennäköisyyskäsitettä konventionaaliseksi.

Vastaavasti väitteen negaation todennäköisyyden kaava on

$$P(E|\sim T)$$

eli todennäköisyys sille, että E on olemassa ehdolla ei-T eli teemaväite ei ole aiheuttanut todisteen olemassaoloa.

Ainakaan näin kömpelön esimerkin parametreilla innokkainkaan tilastotieteilijä ei löydä tähän vaiheeseen sopivaa tilastoa. Siten arvot joudutaan määrittämään, kuten useimmiten, intuition ja yleisen elämäkokemuksen perusteella.¹³³¹ Seuraavana askeleena on väitteen paikkansapitävyyden ja ei-paikkansapitävyyden suhteen määrittäminen:

$$P(E|T) : P(E|\sim T).$$

Tämä kaava kertoo siis frekvenssiin perustuvien todennäköisyyksien suhteen arvon eli likelihood ration. Jos esimerkiksi tiedettäisiin tilaston perusteella, että 80 tapauksessa sadasta syytetyn DNA puukossa kertoo tekijän (E toteutuu ehdolla T) ja 20 tapauksessa ei (E ei toteudu ehdolla T), likelihood ratio olisi $80|100 : 20|100 = 0.8 : 0.2 = 4$.

Kaava on käyttökelpoinen työväline useille todistusharkintateorioille, kuten jäljempänä esitettävälle Bayesin teoreemalle ja sille kriittiselle Cohenin induktiiviselle teorialle, samoin myös Ekelöfin todistusarvoteorialle¹³³² – eräältä osalta.¹³³³ Jossakin teoriassa sen nimityksenä voi olla suoraan todistusvoima, kuten Dahlmanin esityksessä.¹³³⁴

Dahlmanin ongelmaksi jää, ettei todistusvoimalle ole valmista asteikkoa. Hän on kehitellyt niin sanotun *+3-periaatteen*, jonka mukaan todistusvoiman

1331 Luultavasti se arvioitaisiin aika suureksi. Klassisen virheen arviointiin aiheuttaisi tilanne, jossa X on sattunut tekopaikalle, järkyttynyt puukko kehossa ja verissään makaavasta Y:stä ja vetänyt puukon pois.

1332 Todistusarvoteorian kannalta: mikä todennäköisyys on sille, että E on olemassa, jos T on annettu: mikä todennäköisyys on sillä, että puukossa on X:n DNA:ta, jos syyte T eli ”X on tekijä” pitää paikkansa. Toisin sanoen: millä todennäköisyydellä T on *syy* E:hen, millä todennäköisyydellä E *johtuu T:stä* eli on *kausaalihteydessä* T:hen. Arviointi tapahtuu siis ”takaperin”, teemasta todisteeseen.

1333 Todistusarvoteoria ei perustu väitteiden x ja ei-x komplementaarisuuteen, eli niiden summan ei oleteta olevan 1. Jos x:n todennäköisyys on 0.6, 0.4:n osalta vallitsee epätietoisuus eli siihen voi sisältyä myös tilanteita, joissa x pitää paikkansa.

1334 Dahlman 2018, s. 67 ja s. 175 – 176. Dahlman analysoi s. 67 ruotsin termejä bevisvärde ja beviskraft ja katsoo perustavanlaatuisesti eroksi, että edellinen kuvaa todennäköisyyttä, jolla todistusteema on aiheuttanut todisteen, ja jälkimmäinen taas tietyn todistusosiseikan kykyä kasvattaa todistusteeman todennäköisyyttä. – Dahlmanin bevisvärde-määrittäminen näyttäisi olevan puhtaasti todistusarvoteorian mukainen. Kun Suomessa puhutaan näyttöarvosta, ei välttämättä ajatella ruotsalaisittain lainkaan tiettyä teoriaa – joka ei edes Ruotsissa ole oikein onnistunut ”lyömään itseään läpi”.

tulee olla vähintään 6000, jotta syyte voitaisiin hyväksyä, tai että sen ainakin tulee olla 5000:n suuruusluokassa.¹³³⁵

Tähän verrattuna oman esimerkkini todistusvoima 4 vaikuttaa ylen vaatimattomalta. Lähtökohtana onkin, että samansuuntaisia todisteita tulisi olla useita. Dahlman osoittaa, miten useamman samansuuntaisen – mutta toisistaan riippumattoman – todisteen tilanteessa saavutetaan kertolaskusäännön avulla huikean suuria todistusvoimia.¹³³⁶ Ongelma löytyy tästäkin: kuten Dahlman itse toteaa, todisteet ovat harvoin toisistaan riippumattomia.¹³³⁷

Käsittääkseni suurin ongelma on kuitenkin vaatimus todisteiden lukumäärästä. Tämä viittaa hämmentävästi legaaliseen todistusteoriaan. Dahlmanin esimerkissä on neljä samansuuntaista, itsenäistä (!) todistetta, joiden todistusarvot ovat 50, 40, 50 ja 10 ja näiden yhteinen todistusarvo on 1.000 000. Entä jos on vain yksi todiste, kuten asianomistajan kertomus? Miten se voi saavuttaa matemaattisesti määrätyn rajan 6000? Vastaus on: ei mitenkään, koska jo laskentatavassa on ”valuika”: todistusvoima kaavassa määrätään vain asteikolta 0 – 100. Vaikka sen totuudellisuudesta ei jäisi häivähdyttä, yhden todisteen asianomistaja jäisi aina oikeutta vaille. Ja vaikka hänellä olisi oma silminnäki-jätodistajansa, tämänkin kertomuksella täytyisi olla suuri todistusvoima, jotta raja ylittyisi: 80×80 ylittäisi kyllä 6000:n rajan. Lieneekö kysymyksessä hiukan ”vauhtisokeutta”, koska kriminalistiikan menetelmät ovat kehittyneet niin, että joskus voidaan ilmoittaa esimerkiksi ilmiön todennäköisyys suhteena $1:1.000.000$:aan?¹³³⁸

Eri lähtökohdista todisteen ja teeman suhteen kuvaa perinteinen tapa. Edelliseen verrattuna E ja T vaihtavat siinä paikkaa.¹³³⁹

P(T|E)

eli ilmoitetaan todistusteeman T todennäköisyys ehdolla E eli sillä edellytyksellä, että E pitää paikkansa: miten E vaikuttaa T:n todennäköisyyteen? Tällä on (ainakin) kaksi käyttöä:

1335 Dahlman 2018, s. 145 – 147 ja 176. Jos ymmärrän oikein, 6000 koskee tilannetta, jossa alkuperäistodennäköisyydeksi asetetaan yksi prosentti, ja 5000 kuvaa yleistä vaatimusta, jossa alkuperäistodennäköisyys jätetään sivuun. Dahlman perustelee 6000-vaatimuksen, paitsi johtamalla sen Skoonen ja Blekingen hovioikeuden erään ratkaisun pohjalta, myös ”kääntämällä” (”översätta”) vaatimuksen takaisin todennäköisyyskynnykseen ilmaistuksi. Kun alkuperäistodennäköisyytenä pidetään kaavamaisesti yhtä prosenttia, Bayesin ex post -suhteeksi (posterior odds, ks. jäljempänä Bayesin teoremaa) tulee $1/99 \times 6000 = 6000/99$, mistä saadaan ex post -todennäköisyys $(6000/99) / (6000/99 + 1) \approx 0.984$. ”Plus-tre-principen är alltså ekvivalent med en schabloniserad ursprungssannolikhet på 1 % och ett sannolikhetskrav där ”bortom rimligt tvivel” ligger på cirka 98 %.”, hän lausuu, ja viittaa vielä erääseen venttiilitappien asentoon perustuneeseen HO-tapaukseen.

1336 Dahlman 2018, s. 175 – 176.

1337 Dahlman 2018, s. 172 – 173.

1338 Näin Dahlmanin 2018, s. 145 esimerkissä (verijälki kelloliikkeeseen tehtyä ryöstöä koskevassa jutussa). Siinä suhdeluku tuli prosessin ulkopuolelta eikä siis asteikolta 0-100.

1339 Dahlman 2018, s. 107 varoittaa sekoittamasta näitä kahta kuvaustapaa toisiinsa.

- 1) todistusteemateorian mukainen: mikä on todennäköisyys teemalle T, jos E pitää paikkansa. Jos X:n DNA löytyy tekopaikalta puukosta, miten se vaikuttaa teeman todennäköisyyteen? Päättely tapahtuu siis klassisesti, ”etuperin”. Tässä ei tarvita matematiikkaa;
- 2) sama asia, mutta eri kuosissa eli bayesianisesti: miten E:n lisääminen näyttöön vaikuttaa T:n todennäköisyyteen. Tällöin T:n todennäköisyys ennen E:n lisäämistä on a priori, ja E:n lisäämisen jälkeen a posteriori -todennäköisyys. Kun Bayesin kaavaa käytetään, tarvitaan matematiikkaa.

Jos on kaksi toisistaan riippumatonta todistetta ja niillä todistusvoimat, saadaan yhdistettyinä kertolaskulla¹³⁴⁰

F1:n todistusvoima x F2:n todistusvoima.

Jos todisteet vaikuttavat eri suuntaan, niitä voidaan kuvata seuraavilla lauseilla:¹³⁴¹

E1:n todistusvoima T:lle on $P(E1|T) : P(E1|\sim T)$ ja E2:n vastaavasti $P(E2|T) : P(E2|\sim T)$

Tällöin E1: ja E2:n todistusvoima yhdessä T:lle on

F1:n todistusvoima: F2:n todistusvoima.

Dahlman varoittaa aliarvioimasta vastaanäytön merkitystä. Hän korostaa, ettei E2:n vaikutusta voi laskea vähennyslaskulla vaan jakolaskulla.¹³⁴² Tämä on loogista jo siltä kannalta, ettei samansuuntaistenkaan todisteiden yhteisvaikutusta lasketa todistusvoimien yhteen- vaan kertolaskulla. Useimmiten vastaanäytön kohdalla on totuttu vain huomauttamaan, ettei sen tarvitse olla yhtä vahvaa kuin päänäytön.

Kuten käytäntö osoittaa ja myös Dahlman myöntää, todisteet eivät yleensä ole toisistaan riippumattomia. Jos kaksi todistetta eivät ole itsenäisiä, niiden yhteinen todistusvoima lasketaan seuraavasti:¹³⁴³

$$[P(E1|T) : P(E1|\sim T)] \times [P(E2|T \& E1) : P(E2|T \& \sim E1)]$$

¹³⁴⁰ Dahlman 2018, s. 175 – 176.

¹³⁴¹ Esitys perustuu Dahlmaniin 2018, s. 183 -. 184, mutatis mutandis. Kuten hän toteaa, todistusvoima yhdessä on ”enkel att beräkna”.

¹³⁴² Dahlman 2018, s. 184.

¹³⁴³ Dahlman 2018, s. 172 – 173 ja 187.

Dahlman huomauttaa samassa yhteydessä tuomioistuimen vaikeudesta määrätä tällaisen näytön todistusvoimaa, koska on vaikea tietää, ovatko todistajat ”pratatihop sig” ja missä määrin. Hänen mukaansa tällaisen näytön todistusvoima on 1, koska $P[E_2|F_1]$ on 1 ja koska jälkimmäinen todistaja sanoo ”aina saman” kuin ensimmäinen. Siten F_2 :lla ei ole itsenäistä todistusvoimaa.

Matemaattisesti asia voi olla näin, mutta tilanne ei havaitakseni käytännössä ole aina näin toivoton: vaikka todistajat olisivat puhuneetkin muistikuvistaan keskenään, se ei välttämättä lainkaan tarkoita, että toinen olisi totaalisesti luopunut omista eriävistä näkemyksistään toista myötäillen.¹³⁴⁴ Todennäköisesti eriäviä vivahteita on havaittavissa, ja jos todellista ”yhteispeliä” tunnistetaan, vivahteilla voi olla erityinenkin merkitys. Tällöin(kin) matematiikka on parasta laittaa sivuun.

Hyödyllinen merkintätapa kuvata todisteen ja teeman suhdetta on vielä seuraava. Suhde voi olla neljänlainen (suluissa Dahlmanin nimitykset varianteille):¹³⁴⁵

- 1) T voi olla tosi ja E tukee sitä (sann positiv)
- 2) T voi olla tosi mutta E ei tue sitä (falsk negativ)
- 3) T voi olla epätosi mutta E tukee sitä (falsk positiv) $P(F|\sim T)$
- 4) T voi olla epätosi ja E ei tue sitä (sann negativ).

Jos variaatiossa 3 termit sekoitetaan eli päädytään muotoon $P(\sim T|F)$, lopputulos voi olla *prosecutor's fallacy*, syyttäjän harhakuva.¹³⁴⁶

Kaavat ovat paikkansa ansainneet, mutta lopputulokset voivat olla epärealistisia, koska todennäköisyyden ja ei-todennäköisyyden arvot perustuvat subjektiivisiin arviointeihin. Harvoin on käsillä valmista tilastotietoa tai tilastollista dataa, jonka avulla tuollaisia suhteita voitaisiin laskea. Vaikka niitä voitaisiinkin laskea, ei aina voida olla varmoja, että referenssiaineisto vastaa esillä olevaa tilannetta.¹³⁴⁷ Jos todistusvoima todella laskettaisiin kaavasta ja kynnys määrättäisiin 6000:n kohdalle, oikeuden käyminen muuttaisi muotoaan ainakin sikäli, että ilman kahta yhtä vahvaa todistetta ei oikeudenkäyntiin tulisi lainkaan ryhtyä. Tämä muistuttaa jo liikaa legaalista todistusteoriaa.

1344 Jos todistajat ovat toisilleen vieraita, toisen asenne saattaa ”praataamisessa” johtaa siihen, että toinen päinvastoin täsmentää ja tiukentaa omaa otettaan päästessään kertomaan.

1345 Dahlman 2018, s. 67 – 68.

1346 Dahlman 2018, s. 108 – 109. Dahlmanin mukaan termien kääntäminen ja sen aiheuttama virhe noteerattiin vasta 1980-luvulla. Hänen mukaansa käytännössä virhe ilmeni seuraavasti. Tekopaikalta tavattiin verijalki, jonka veriryhmään kuuluu 10 prosenttia väestöstä. Syytetyllä oli tämä veriryhmä. Syyttäjä katsoi, että syytetty on 90 prosentin varmuudella syyllinen. Se, että syytetty kuului tuohon veriryhmään, tukee kyllä virheellistä teemaa $\sim T$ 10 prosentin todennäköisyydellä, mutta ei kerro sitä, että hänen syyttömyytensä todennäköisyys oli 10 prosenttia. – Ymmärtääkseni juuri syyttäjän harha oli ainakin osatekijänä viemässä juttua People vs. Collins harhaan.

1347 Diesen 2000, s. 173 on Ekelöfin oppeja arvioidessaan huomauttanut, että tuomioistuimet eivät voi tietää, ovatko (aikaisemmat) syyksilukevat tuomiot oikeita. Jos referenssinä käytetään ”samanlaisia todistelutilanteita”, todistusharkinnasta tulee itseohjautuvaa: aikaisemmista syyksilukevista tuomioista tulee automaattisesti oikeita tuomiota.

9.2.5 Bayesin teoreemasta ja bayesiaanisesta päätöksentekoteoriasta

9.2.5.1 Johdantoa ja teoreeman esittelyä

Strandberg erottaa kolme merkitystä ”bayesianismille”. Termiä käytetään ensinnäkin tarkoittamaan tiettyä todennäköisyysteoriaa, joka operationalisoi perinteisiä todennäköisyyslaskennan aksioomia käyttämällä subjektiivista todennäköisyyskäsitettä. Toiseksi sitä voidaan käyttää tavoista tehdä johtopäätöksiä tilastoista, kun tilastoja tulkitaan subjektiivisen todennäköisyyskäsitteen avulla, joka oikeuttaa tiettyihin päätelmiin, joihin objektiivinen todennäköisyyskäsite ei oikeuta. Nämä molemmat muodot ovat puhtaasti epistemologisia, eivätkä ne anna perusteita virheriskin jakamiselle. Sen sijaan termin kolmas merkitys, bayesiaaninen päätöksentekoteoria, sisältää sekä epistemologian että moraali-teorian. Päätöksentekoteoria antaa kriteerit epistemologisten ja moraali-teorian argumenttien punnintaan; bayesiaanisessa teoriassa nämä kriteerit täytetään subjektiivisella todennäköisysteorialla ja subjektiivisiin preferensseihin perustuvalla arvo-opilla.¹³⁴⁸

Tässä jaksossa käsittelen ensin Bayesin teoreemaa eli käytännössä lähinnä Strandbergin esittelyn kaksi ensimmäistä osaa kattavaa epistemologista puolta ja seuraavassa jaksossa bayesianismia päätöksentekoteorian, kun arvomomentti, ”utiliteetti”, otetaan mukaan.

Todennäköisyyden konventionaaliseen näkemykseen sisältyy *ehdollisen todennäköisyyden* (*conditional probability*) käsite, joka liittyy yhteen tapaan tarkistaa ja korjata todennäköisyyttä uuden informaation valossa. Eräs kolmeen perusaksioomaan ja ehdolliseen todennäköisyyden määrittelyyn perustuva todennäköisyyden teoria on Bayesin teoreema.¹³⁴⁹

Bayesin teoreeman erään muodon huomattava edustaja David A. Schum on verrannut sen ympärille kehittynyttä tilannetta avattuun Pandoran lippaaseen, josta on lähtenyt lentoon parvi mahdollisia systeemeitä oikeustieteen inferentiaalisten näytelmien ”ohjaamiseksi”. Hän on luetellut inferentiaalisen ”ohjauksen” huomattavimpia koulukuntia ja lukenut näiden joukkoon muun ohella pohjoismaisen todistusarvometodin.¹³⁵⁰ – Tosin todistusharkinnan käytännön

¹³⁴⁸ Strandberg 2012, s. 132.

¹³⁴⁹ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 251. Andersson 2017, s. 174 – 175 esittää eloisan kuvauksen teorian synnystä noin vuonna 1740, sen hiljaiselosta ehdotonta totuutta etsineillä 1700- ja 1800-luvuilla ja henkinheräämisestä toisen maailmasodan tarpeisiin. Sitä käytetään hänen mukaansa nykyään suurissa määrin esimerkiksi sähköisen informaation käsittelyssä, kuten sähköpostiohjelmien roskapostisuodattimissa, nettiha-uissa, keinoälyssä, datan tutkimisessa, informaatioanalyysissä ja käännösohjelmissä.

¹³⁵⁰ Schum 1988, s. 214 luettelee todistusarvometodin lisäksi Pascalin/Bayesin todennäköisyyden ja epävarmuuden koulukunnan, Baconin/Millin/Cohenin induktiivisen todennäköisyyden koulukunnan, Schaferin/Dempsterin ei-additiivisten uskomusten koulukunnan sekä Zadehin sumean todennäköisyyden ja päätte-lyn koulukunnan. Eroksi edustamaansa koulukuntaan hän määrittelee, että kun bayesilainen teoria lähtee

kysymyksenasettelu – millä todistusvoimalla (todennäköisyydellä) todiste näyttää teeman todeksi – on bayesianisen metodin ohella mielestäni pikemminkin teemamethodin kohteena, ei todistusarvometodin.¹³⁵¹

Bayesin teoreeman ytimenä on selvittää uuden todisteen vaikutus sen todistusteemaan. Teoreema tai sen ympärille kehittynyt teoria ei kiinnitä kovin paljon huomiota siihen atomistiseen kysymykseen, *miten* tuon uuden todisteen kredentiaalit, esimerkiksi sen oma todennäköisyys, alun perin määrätään. Ne perustuvat subjektiiviseen todennäköisyysarvioon ja otetaan usein ”annettuina”, valmiiksi arvioituina. Jos kysymys on esimerkiksi likelihood ration määräämisestä, arvot arvioidaan perusteilla, joiden selittämistä teoria ei koske, mutta jotka perustuvat vahvuudeltaan vaihteleviin kokemussääntöihin frekvensseistä.

Bayesianisessa ajattelussa ei siten kiinnitetä erikseen huomiota todisteen uskottavuuteen, relevanssiin eikä omaan todennäköisyyteen, joita olen edellä käsitellyt todistusvoiman ohella todisteen kredentiaaleina. Uskottavuus kyllä edeltää sekä relevanssia että todennäköisyyttä. Common law’n piirissä relevanssikin on voitu ottaa ”annettuna”, itsestään selvyytensä. Tällöin jää kuitenkin sivuun se seikka, että relevanssikin on kvantitatiivinen ominaisuus. Voinee joka tapauksessa lähteä siitä, että todisteen uskottavuuden, todisteen relevanssin teeman kannalta ja lopulta oman todennäköisyyden on ajateltu tulleen arvioiduksi ennen kuin todistusvoima todisteelle on annettu. Jos toisinaan käytetty (todisteen oma) todennäköisyys on tällainen kokoava käsite, se voitaneen samaistaa noissa tilanteissa todisteen todistusvoimaan teemalle. Todisteen todistusvoima kertoo, millä vahvuudella todiste lisää tai vähentää teeman todennäköisyyttä (tai vaikuttaako se ylipäättään teeman todennäköisyyteen).

Ho:n¹³⁵² määrittelyn mukaan Bayesin teoreemassa on olemassa objektiivinen metodi henkilön subjektiivisen uskomuksen asteen tarkistamiseksi uuden näytön esittämisen johdosta. Subjektiivinen bayesiaani aloittaa henkilökohtaisen uskomuksen asteella ensisijaisena tai alkuperäisenä (prior, initial) todennäköisyytenä. Bayesin teoreema perustuu matemaattiseen malliin, jota juridiikan piirissä siis voidaan hyödyntää laskemalla sen avulla uuden todisteen vaikutus todistusteeman todennäköisyydelle. Uuden todisteen vaikutus pyritään esittämään matemaattisena funktiona, kaavan avulla laskettavana lukuarvona siitä, miten teeman todennäköisyys on muuttunut (kasvanut tai vähentynyt) sen johdosta,

hypoteesin todennäköisyyden määrittämisestä todistelun avulla, määräämisen kohteena tulisi sen sijaan olla sen todennäköisyys, että näyttö *todistaa* tämän hypoteesin *oikeaksi*; s. 258 – 261, kursivointi Schumin.

1351 Dahlman 2018, s. 32 huomauttaa tästä eräänä syynä siihen, ettei todistusarvometodi ole koskaan Ruotsissa ”lyönyt läpi.” – Jos ymmärrän oikein, ”inferentiaalinen ohjaus” ilmenee todistusarvoteoriassa juuri likelihood ration määräämisessä; ks. tekstissä seuraavia kaavoja.

1352 Ho 2008, s. 114.

että kyseinen todiste on esitetty. Lähtökohtainen kysymys on yksinkertainen:¹³⁵³ miten teeman todennäköisyys muuttuu, kun uusi todiste otetaan huomioon?

Sanallisesti ilmaistuna Bayesin teoreema on matemaattinen kaava, jolla johdetaan jälkimmäinen eli lopullinen (posterior) todennäköisyys uuden näytön ensimmäiselle todennäköisyydelle aiheuttaman vaikutuksen kvantitatiivisesti täsmällisestä laskelmasta. Yksinkertaisimmassa muodossaan henkilön uskomus päivitetään liittämällä uusi näyttö ”ehdoksi”, prosessi johon liittyy, karkeasti sanoen, hypoteesin aiempien ennusteiden kertominen likelihood ratiolla, joka on tekninen termi arvolle, joka on saatu jakamalla todisteen todennäköisyys, olettaen että hypoteesi on totta, todisteen todennäköisyydellä, olettaen että hypoteesi on väärä.¹³⁵⁴

Bayesin teoreema edellyttää, että on olemassa lähtökohtainen todennäköisyys, ensimmäinen a priori -arvo, joka ei voi olla nolla.¹³⁵⁵ Olen käsitellyt tätä a prioria ja siihen liittyviä, Bayesin teoreeman ulkopuolellekin ulottuvia ja periaatteellisia ongelmia alkuperäistodennäköisyyttä koskevassa jaksossa edellä. Matemaattisesti Bayesin teoreema voidaan esittää useassa¹³⁵⁶ muodossa. Yksinkertainen versio on seuraava:¹³⁵⁷

$$P(h/e) = [P(h) \times P(e/h)]: P(e)$$

$P(h)$ on hypoteesin h todennäköisyys a priori

$P(h/e)$ on hypoteesin todennäköisyys a posteriori todisteen (evidenssin) e nojalla, siis kun e on otettu huomioon

$P(e/h)$ on hypoteesin h likelihood evidenssin e suhteen (kuinka todennäköinen e on, kun h on annettu)

Kaava osoittaa, miten hypoteesin h a priori-todennäköisyys muuttuu a posteriori-todennäköisyydeksi, kun todiste e otetaan huomioon.

Kaavassa tärkeä likehood ratio on yksinkertaistettuna. Likelihood ratio eli todennäköisyyksien suhde tarkoittaa suhdetta kahden todennäköisyyden välillä: sen todennäköisyyden, että T on olemassa (pitää paikkansa) kun e (millä todennäköisyydellä e kun T), ja $\sim T$:n todennäköisyyden (millä todennäköisyydellä ei- T pitää paikkansa, kun e). Toisin sanoen likelihood ratio kuvaa, miten todennäköisesti arvioitava todiste e tukee toisaalta teemaa, toisaalta sen negaatiota: jos

¹³⁵³ Se on myös todistusteemametodin kysymys.

¹³⁵⁴ Ho 2008, s. 114.

¹³⁵⁵ Jos syyttömyysolettaman mukainen arvo syyttömyydelle on 1, syyllisyyden a priori on 0.

¹³⁵⁶ Tässä esitettyjen versioiden lisäksi on muitakin, esimerkiksi Niiniluoto 1983, s. 73 – 74 esittää kaksi versiota tai oikeastaan sovellusta teoreemasta.

¹³⁵⁷ Niiniluoto 1983, s. 53. Samoin Dahlman 2018, s. 97, kuitenkin $h = T$ (teema) ja $e = F$ (todistustositseikka), ja e/h on ”todennäköisyys sann positiv”. Dahlman huomauttaa tämän kaavamuodon ongelmaksi, että on usein vaikeata arvioida todennäköisyys sille, että tietty todistustositseikka [$P(e)$, $P(F)$] tulee olemaan olemassa.

arvo on esimerkiksi 20/80, se tukee 20 tapauksessa sadasta ja 80 tapauksessa se ei tue. Tällöin $P(e|H)$ on 0.8.

Kysymys on tässäkin frekvenssistä, joka voi perustua tilastoon tai esimerkiksi yleiseen elämänkokemukseen. Jäljempänä esitän teoreemasta Dahlmanin muodon, jossa likelihood ratio on ilmaistuna täydellisemmin.

Klami – Gräns – Sorvettula¹³⁵⁸ esittävät seuraavan version, jossa vastaparina ovat tosiseikkaväite X ja sen negaatio $\neg X$:

$$P(X/E) = \{ P(E/X) : [P(E/X) \times P(X) + P(E/\neg X) \times P(\neg X)] \} \times P(X)$$

P on todennäköisyys

X on tosiseikkaa koskeva väite

$P(X)$ on X :n todennäköisyys a priori

$P(X/E)$ on X :n todennäköisyys kun E on tosi (a posteriori)

$P(E/X)$ on E :n todennäköisyys kun X on tosi

Monimutkaisempi versio, jossa testataan kahta toisensa poissulkevaa, mutta vaihtoehtoista,¹³⁵⁹ hypoteesia, on seuraava: ¹³⁶⁰

$$\frac{P(H_1|D)}{P(H_2|D)} = \frac{P(D|H_1)}{P(D|H_2)} \times \frac{P(H_1)}{P(H_2)}$$

D on uusi todiste

H_1 ja H_2 ovat toisensa poissulkevia hypoteeseja

$P(H_1|D)$ luetaan ”todennäköisyys H_1 :lle, kun D on annettu”, eli se on H_1 :n todennäköisyys a posteriori, siis kun D tiedetään.

Suhdetta $P(H_1|D)/P(H_2|D)$ nimitetään ennusteeksi a posteriori (posterior odds)

$P(D|H_1)$ on D :n todennäköisyys (likelihood), jolla D todistaa hypoteesia H_1

Suhde $P(D|H_1)/P(D|H_2)$ on likelihood ratio, todennäköisyysarvojen suhde

$P(H_1)$ on H_1 :n a priori -todennäköisyys (ennen kuin D tunnetaan)

¹³⁵⁸ Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 103. He nimittävät sitä standardiversioksi.

¹³⁵⁹ Ks. Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 103.

¹³⁶⁰ Martinin 1988, s. 170 ja Kayen 1988, s. 9 mukaan. Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 103 esittää saman version ($H = X$ ja $D = E$). Teoreeman johtamisen esittää esimerkiksi Dahlman 2018, s. 95 -98.

$P(H_2)$ on H_2 :n a priori -todennäköisyys

suhde $P(H_1)/P(H_2)$ on ennuste a priori (prior odds).

Tässä kaavassa lähtökohdiksi tarvitaan kaksi todennäköisyyttä, eli kummankin hypoteesin¹³⁶¹ kannalta a priori -todennäköisyys ja D :n todennäköisyys (likelihood). A priori -todennäköisyydet arvioidaan molemmissa kaavoissa käyttämällä suhteellista frekvenssidataa, jota siis tulee olla olemassa. A priori -arvot vastaavat tilannetta ennen kuin uusi todiste D on esitetty ja otettu mukaan. Bayesin kaava lähtee siitä, että vaihtoehdot ovat toisensa poissulkevia eli niiden todennäköisyyksien summa on yhteensä 1 (p ja $1-p$ tai $P(H_1)$ ja $P(H_2)$). Toinen on siis toisen negaatio.¹³⁶²

H_1 :n ja H_2 :n a priori-todennäköisyydet voisivat olla esimerkiksi 0.7 ja 0.3 (prior odds). Kun sitten esitetään ja otetaan harkintaan mukaan todiste D , se tukee hypoteeseja H_1 ja H_2 (likelihood) esimerkiksi arvoilla 0.8 ja 0.2 (likelihood ratio on $0.8 / 0.2$). Tämä suhde on teoreemalle keskeinen piirre. Kun kertolaskutoimitus tehdään, saadaan uusiksi hypoteesien todennäköisyyksiksi 0.56 ja 0.44 (posterior odds). Todisteiden tulee olla toisistaan riippumattomia.

Dahlman esittää teoreeman hiukan eri muodossa:

$$P(T|F) = [P(T) \times P(F|T)] : [P(T) \times P(F|T) + P(\sim T) \times P(F|\sim T)]$$

$P(T|F)$ on todistusteeman todennäköisyys ex post (teeman T todennäköisyys, jos F pitää paikkansa)

$P(T)$ on todistusteeman T todennäköisyys ex ante

$P(F|T)$ on todennäköisyys sille, että todiste tukee teemaa (sannt positivt utfall)

$P(F|\sim T)$ on todennäköisyys sille, että todiste ei tue teemaa (falskt positivt utfall)

Dahlman nimittää edellä olevaa versiota ”ennustevariaatioksi” (”oddsvarianten”), ja mainitsee sen etuna, että likelihood ratio, todennäköisyssuhde $P(F|T)/P(F|\sim T)$ on siinä esillä itsenäisenä tekijänä. Tämä selventää todistusvoiman roolia todennäköisyyden päivittämisessä ja ex post -todennäköisyys $P(T|F)$ on nopeammin laskettavissa.¹³⁶³

Nähdäkseni tämä olisikin käytännöllinen seikka, jos teoreemaa haluttaisiin soveltaa. Oltakoon todisteiden arvioinnista erikseen tai kokonaisuutena¹³⁶⁴ ylei-

1361 Aikaisemmin kaavojen esittelyssä käytin hypoteeseina yksinkertaisuuden vuoksi väitteitä x ja $\neg x$.

1362 Jos tekijäntointa koskevaan väitteeseen H_1 vastataan suoraan alibiväitteellä, jälkimmäinen on *kaavan ja samalla syyttäjän teeman kannalta* yhtä kaikki relevantti väite H_1 :n negaatiosta (”en tehnyt sitä”). Muuta mielenkiintoa syytetyn olinpaikan selvittämiseen ei ole.

1363 Dahlman 2018, s. 91 – 92. Kaavoissaan Dahlman käyttää D :n tilalla kirjainta F .

1364 Kysymys ei oikeastaan tässä vielä ole atomismi/holistisuus-jaottelusta, vaan se on eri kysymys eli koulukuntakysymys bayesiaanien ja kertomusteorian kannattajien välillä, ja koskee lähinnä hidasta ajattelua/harkintaa lopuksi.

sellä tasolla mitä mieltä tahansa, on luontevaa lähteä siitä, että näyttötuomari pohtii ainakin nopean ajattelun muodossa jokaista todistetta ja nimenomaan sen merkitystä teeman kannalta jo sitä vastaanotettaessa eli käytännössä erikseen: aiheuttaako hänen parastaikaa tai äsken kuulemansa tai näkemänsä muutosta ja mihin suuntaan verrattuna siihen käsitykseen, joka hänellä oli ennen kuin todistetta alettiin esittää. Juuri likelihood-suhde vastaa tähän kysymykseen parhaiten, koska se kertoo, mikä on toisaalta todisteen D teemaa puoltavan todistusvoiman $P(D|T)$ ja ei-teemaa puoltavan $(P(D|\sim T))$ vahvuuden suhde. – Vaikka tämä ”arviointi tapahtuisi atomistisesti ja ”intuitiivisesti”, se ei tarkoita, ettei sitä vielä pohdittaisi perusteellisesti, ”hitaasti” ja myös holistisesti.

Käytännöllisesti sanottuna: X :ää syytetään B :n pahoinpitelystä eli nyrkillä lyönnistä kadulla; tämä on hypoteesi H . X kiistää olleensa edes paikalla, eli tekijä on joku muu ($\sim H$). On kuultu X :n ja B :n kertomusversiot tapahtumista. B on vaikuttanut uskottavalta ja hänen kertomuksensa tukee syyllisyyttä niin, että sen todennäköisyys $P(H)$ eli a priori on tässä todistelutilanteessa 0.7 – siten H :n negaation eli ”jonkun muun” todennäköisyys $P(\sim H)$ on nyt 0.3. Henkilö Z tulee todistamaan ja kertoo olleensa silminnäkijänä, kun juuri X nosti nyrkkinsä ja löi B :tä leukaan. Vastakuulustelussa ilmenee kuitenkin, että Z on B :n ystävä jo lapsuudesta saakka ja että B ja Z ovat nytkin olleet yhteisellä ravintolakiertueella. Z :n kertomus alkaa vesittyä niin, että sen merkitys kääntyy pikemminkin syytettä vastaan: likelihood-suhteeksi voidaan arvioida 0.4/0.6. Siis kertomuksen D (tai F) sisällön todistusvoima H :n hyväksi vaikuttaa olevan 0.4 ja vastaavasti $\sim H$:n hyväksi arvo 0.6: se siis näyttäisi vähentävän X :n syyllisyyden todennäköisyyttä ja lisäävän vaihtoehdon ’muu tekijä’ todennäköisyyttä. Siten syyllisyshypoteesin todennäköisyydeksi a posteriori tulee 0.4 ja syyttömyyshypoteesin vastaavasti 0.6.¹³⁶⁵ Syyte on siis hylättävä, jos tässä oli kaikki näyttö.

Teoreemassa arvioitavana parina voivat olla hypoteesi ja sen negaatio tai kaksi vaihtoehtoista hypoteesia. Jos hypoteeseja on useampia, niitä on testattava kaikei kaks kerrallaan toisiaan vastaan, jos teoreemaa käytetään. H_1 :n ja H_2 :n täytyy kuitenkin olla komplementaarisia. H_2 voinee kohdistua materiaalisesti eri teemaan kuin H_1 , eli olla eri ”asiaväite”, mutta sen on joka tapauksessa sisällettävä myös H_1 :n kiistäminen eli negaatio.

Andersson esittää ruotsalaisen esimerkin Bayesin teoreeman soveltamisesta on syytä epäillä -pakkokeinoedellytyksen arvioimisessa. Nainen on löydetty surmattuna. Käy ilmi, että hänen aviomiehensä oli aikaisemmin pahoinpidellyt häntä toistuvasti. Kysymys on siitä, mikä on aviomiehen syyllisyyden todennäköisyys. Andersson sijoittaa tilastojen pohjalta Bayesin kaavaan a priori -arvoksi

¹³⁶⁵ $(0.7 \times 0.4) : [(0.7 \times 0.4) + (0.7 \times 0.6)] = 0.28 : 0.70$.

0.5 ja uuden ”todisteen” eli pahoinpitelyä koskevan tiedon todistusarvoksi 0.7. Miehen syyttömyyden lähtöarvoksi hän asettaa 0.1.¹³⁶⁶ Kun miehen syyllisyyden todennäköisyys oli ennen uutta todistetta 0.5, todennäköisyys nousee tämän uuden tiedon esittämisen jälkeen noin 0.85:een.

”Viivan päällä” voi olla E:n merkitys (0.7) kysytylle hypoteesille (syyllisyys) kerrottuna edellisellä todennäköisyydellä, ”viivan alla” taas ovat sekä tämä arvo että (siihen yhteenlaskettuna) sen arvo vastakohdalle (syytön) kerrottuna sen entisellä todennäköisyydellä, eli kuten Andersson ilmaisee rikosjutussa: $(0.7 \times 0.5) : [(0.7 \times 0.5) + (0.1 \times 0.5)] =$ tukee hypoteesia H1 (syyllinen) 0.35: $[0.35 + 0.05] = 0.35:0.40 = 0.87$.

Komplementaarisia ovat Dahlmanin mukaan¹³⁶⁷ samaan hypoteesiin H1 kohdistuvat e:n todennäköisyys ja ei-todennäköisyys (sann positiv ja falsk negativ) eli niiden summa on 1. Sen sijaan H1:n ja H2:n välillä ei ole tällaista komplementaarisuutta, eli todiste voi tukea H1:tä esimerkiksi todistusvoimalla 0.3, mutta sen ei tarvitse tukea hypoteesia H2 todistusvoimalla 0.7. Tosin rikosjutussa tämä voi herättää kysymyksen, eikö kaiken epävarmuuden pitäisi tulla syytetyn eduksi: silloin näiden pitäisi olla komplementaarisia eli 0.3:n tuki syyllisyydelle merkitsisi 0.7:n tukea syyttömyydelle. Eivätkö syyllisyys ja syyttömyys suhtaudu toisiinsa kuten H ja ~H?

Miksi siis Anderssonin esimerkissä syyttömyyden lähtöarvo on 0.1, jos syyllisyyden lähtöarvo on 0.5? Onko nuo 0.4 ajateltu todistusarvoteorian mukaisesti ”harmaaksi vyöhykkeeksi”, josta ei tiedetä mitään? Niin tai näin, kuitenkin perustapaus lienee, että jos on vaihtoehdot H1 ja H2, syyllinen/syytön, uusi todiste tukee määrällä x jompaakumpaa, mutta toista määrällä 1-x. Tai onko niin, että todisteen antamassa tuessa ei olekaan komplementaarisuutta (jos tukee H1:tä eli syyllisyyttä 0.4:llä, silloin ei tarvitse tukea syyttömyyttä H2 0.6:lla)? Tämä tulkinta olisi kuitenkin ristiriidassa ”kaiken epävarmuuden tulee koitua syytetyn hyväksi” -maksimiin kanssa.

Itse laskisin näin: $0.5 \times 0.7 : [0.5 \times 0.7 + 0.5 \times 0.3] = 0.72$.

Dahlman korostaa, että vain hypoteesi ja sen negaatio ovat komplementaarisia, eivät eri hypoteesit keskenään.¹³⁶⁸ Tätä koskevasta virhepäätelmästä hän käyttää esimerkkinä erästä Götan hovioikeuden tuoretta (6.2.2017, B 2626-16) antamaa ratkaisua:

¹³⁶⁶ Andersson 2017, s. 176 – 179. Hän perustelee varsin korkeita arvojaan juuri frekvenssidatalla eli seuraavasti. Tilastojen mukaan Ruotsissa naisen surmaaja on noin puolessa tapauksista mies, jolla on suhde naiseen (0.5:n a priori –arvo); uusi tieto tai todiste kertoo, että mies on aiemmin pahoinpidellyt vaimoaan, ja amerikkalaiset tilastot osoittavat, että 70-80 prosenttia tapauksista, joissa puoliso murhaa toisen, murhaaja on aiemmin pahoinpidellyt uhria (0.7:n arvo uudelle todisteelle); ja jos mies on syytön murhaan, pahoinpitelytodisteen merkitys on sama kuin silloin, kun satunnaisessa tilanteessa puoliso on pahoinpidellyt vaimoaan (arvio noin 10 prosenttia eli syyttömyyden arvoksi tulee 0.1).

¹³⁶⁷ Dahlman 2018, s. 68.

¹³⁶⁸ Dahlman 2018, s. 56 – 58.

Jutussa huumausainerikoksesta syytetty oli väitteensä mukaan nauttinut jonkun toisen lasista ja saanut näin amfetamiinia tahattomasti. Jutun aineistosta ilmenevästi häntä oli kolme kuukautta aikaisemmin syytetty huumausainerikoksesta, silloin kokaiinin nauttimisesta, ja hän oli käyttänyt samaa puolustusväitettä silloinkin. Käräjäoikeus oli vapauttanut hänet tuolloin ja vapautti nytkin. Sen sijaan hovioikeus katsoi, että oli käytännössä poissuljettua, että hän oli lyhyen ajan sisällä kahdesti ollut alttiina lasien vaihtumiselle tai muulla tavalla saanut huumausaineita tahattomasti.

Dahlmanin mukaan hovioikeus näyttää katsovan, että todennäköisyys sille, että syytetty sai amfetamiinin kehoonsa tahallaan, on riittävän korkea rikosjutun näyttökynnyksen ylittymiseen, koska on äärimmäisen epätodennäköistä, että hän olisi saanut huumausaineet kehoonsa ilman tahallisuutta sekä kokaiini- että amfetamiinitapauksissa. Dahlmanin mukaan sellainen ajatuksenkulku ei kuitenkaan ole matemaattisesti kestävä, koska tapahtuma ”syytetty sai amfetamiinitapauksessa huumausaineen tahallisesti” ei ole *komplementaarinen* tapauksen ”syytetty ei saanut kokaiini- eikä amfetamiinitapauksessa kehoonsa huumausaineita tahallisesti”.

Nähdäkseni hovioikeus ei kyllä väitäkään, että tilanteet olisivat komplementaarisia. Kysymys näyttäisi olevan yksinkertaisesti siitä, että sama syytetyn esittämä puolustusväite, jonka sisältönä on saman hiukan epätavallisen tapahtuman toistuminen muutaman kuukauden sisällä, ei mennyt enää toisella kerralla läpi. Pikemminkin tämä voisi olla esimerkki siitä, että melko tavallisen kuvion, saman puolustusväitteen toistamisen ja ”testaamisen” tulkinta matemaattisesti voi johtaa harhaan.

9.2.5.2 Hyödyn maksimoinnista bayesiaanisessa päätöksenteossa

Niiniluoto toteaa, että aposterioriset todennäköisyydet ovat relevantteja valittaessa yhtä vaihtoehtoisista hypoteeseista toiminnan pohjaksi, mutta että on kuitenkin aivan ilmeistä, että ihmisten varsinaiseen päätöksentekoon eivät vaikuta yksinomaan heidän uskomuksensa, vaan myös heidän arvostuksensa. ”Rationaalisen päätöksenteon teoriaan tulee siten kuulua elementteinä sekä päätöksentekijän uskomuksen asteet, subjektiiviset todennäköisyydet, että arvostusten asteet, utiliteetit... Esimerkiksi ...tehtäessä päätöstä rikoksesta syytetyn tuomitsemisesta elinkautiseen vankeuteen on järkevää ottaa huomioon mahdollisen virhepäätöksen seurausten vakavuus. Induktiivinen käyttäytyminen merkitsee siten tästä näkökulmasta rationaalista päätöksentekoa, jossa otetaan huomioon paitsi vaihtoehtoisten hypoteesien aposterioritodennäköisyydet myös niiden käytännöllisten seurausten utiliteetit.”¹³⁶⁹

¹³⁶⁹ Niiniluoto 1983, s. 77. Hän huomauttaa, että periaate ”valitse toiminnan pohjaksi todennäköisin hypoteesi” ei johda rationaaliseen päätökseen kuin erikoistapauksissa.

Todistusharkinnan kannalta ”utiliteettia” ohjaavat käsittääkseni todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt, asettipa niitä sitten lainsäätäjä tai -käyttäjä. Niinpä Strandberg, joka käsittelee hyödyn maksimointia eräänä bayesianisen mallin keskeisenä ominaisuutena, toteaa, että hyödyn maksimoinnissa tuomioistuimen ja todistelun kannalta kysymys on (klassisesti) oikean ja väärän ratkaisun aiheuttamista seuraamuksista: jos väärää syyksilukemista pidetään pahempana seurauksiltaan kuin väärää vapauttamista, todistustaakka asetetaan sille tosidekkaväitteelle, joka implikoi syyksilukemista, eli kantajapuolelle, jos toisinpäin, niin vastaajapuolelle. Tarkemmin sanoen todennäköisyysvaatimusta ohjaa se, miten paljon parempi aineellisesti väärä tuomitseminen, sen seuraukset, on kuin aineellisesti väärä vapauttaminen, sen seuraukset.¹³⁷⁰

Bayesilaisittain utiliteetin odotusarvo eri vaihtoehtoissa voidaan arvioida seuraavasta kaavasta:¹³⁷¹

$$U(a_i) = \sum_j P(O_j)u(C_{ij})$$

Kaavassa on siis käsittääkseni yhdistetty utiliteetti U aiemmin esitetyn teoreeman pohjalta muodostettuun todennäköisyyteen P .¹³⁷²

Bayesilaisen päätösteorian perusohje Niiniluodon mukaan¹³⁷³ on se, että tulisi valita se teko a_i , jolle $U(a_i)$ on suurin: tämä päätös on rationaalinen suhteessa hänen omiin uskomuksiinsa (funktio P) ja arvostuksiinsa (funktio u). O_j kuvaavat luonnontiloja, joita päätöksentekijä ei varmuudella tunne; ne ovat episteemisiä todennäköisyyksiä, jotka ovat suhteessa siihen näyttöön, joka päätöksentekijällä on. C_{ij} tarkoittaa niitä seurauksia, joihin teko a_i johtaa, kun luonnontila on O_j .

Hypoteesin hyväksyminen tapahtuu sitten Bayesin säännön mukaan: ”Valitse se hypoteesi h evidenssin e nojalla, jolle utiliteetin odotusarvo $U(h/e)$ on suurin.”¹³⁷⁴

Oikeudessa näyttötuomarin kannalta kysymys on mielestäni behavioralistisesta toimintamallista: päätöksentekijä hyväksyy tai hylkää hypoteeseja tietyissä tilanteissa toiminnan pohjaksi tiettyjen käytännöllisten päämäärien pohjalta. Behavioralismin mukaan induktiivinen päättely redusoituu kokonaan induktiiviseen käyttäytymiseen – vastakohtana niin sanotulle neuvonantajateorialle,

1370 Strandberg 2012, s. 135 – 138. Hän toteaa s. 136 -137, että todistelu tuomioistuimessa ei kohdistu yleensä tulevaisuuteen vaan menneisiin tapahtumiin; päätöksentekoteoria on kuitenkin kehittynyt yleiseksi näyttövaatimusopiksi, joka kattaa kaikki todistusteemat.

1371 Niiniluoto 1983, s. 78.

1372 Tätä tukee Niiniluodon (1983, s. 78) toteamus, että jos saadaan uutta evidenssiä, niin funktio P muuttuu bayesilaisen ehdollistamismallin mukaisesti, ja tällöin vastaavasti tekojen utiliteetin odotusarvot muuttuvat.

1373 Niiniluoto 1983, s. 77 – 78.

1374 Niiniluoto 1983, s. 81.

jossa induktiivinen päättely on vain valmisteluvaihe induktiivista käyttäytymistä varten. Siten utiliteetit ovat behavioralistille ”käytännöllisiä utiliteetteja”.¹³⁷⁵

Strandbergin mukaan bayesianinen näyttövaatimusoppi edellyttää siten vastaavuutta preferenssien eron ja todennäköisyysvaatimuksen välillä: mitä enemmän oikeus toivoo välttävänsä tiettyä aineellisesti väärää tuomion vaikutusta, sitä todennäköisempi täytyy olla sen tosiseikkaväitteen, joka implikoi tätä tuomion vaikutusta, jotta se asetettaisiin oikeustositseikkana tuomion perusteeksi. Strandberg katsoo myös, että tämän näyttövaatimusopin mukaan riitajuttujen normaalin näyttökynnyksen tulee olla övervikt. Väitteen perusteluksi hän mainitsee käsityksen, että riitajutussa kannevaatimuksen aineellisesti väärällä hylkäämisellä on suunnilleen sama negatiivinen arvo kuin riitajutun kannevaatimuksen aineellisesti väärällä hyväksymisellä. Strandberg perustelee tätä nyt bayesianien argumenttia sillä yleisellä väitteellä, että övervikt-periaate johtaa pitkällä aikavälillä eniten oikeisiin tuomioihin, niin että se myös minimoi aineellisesti väärin tuomioiden oikeusseuraamuksia.¹³⁷⁶ Tämä on väite, jonka Strandberg osoittaa övervikt-periaatteen kohdalla esittämälläni tavalla kestävämmäksi.¹³⁷⁷

Strandberg katsoo, että näytön robustiudella ei bayesiaaneille ole juuri merkitystä todistusharkinnassa: ratkaisevaa on se hyöty, joka saadaan sen informaation perusteella, joka päättäjällä on päätöksentekohetkellä. Erityinen robustiusvaatimus sotisi hyödyn maksimoinnin periaatetta vastaan, sillä siitä seuraa, että tuomari ei tekisi sitä ratkaisua, joka maksimoi odotetun hyödyn, tilanteissa joissa robustius on vähäinen.¹³⁷⁸

9.2.5.3 Bayesin arviointia ja kritiikkiä kirjallisuudessa

9.2.5.3.1 Johdantoa

Matemaattiset todennäköisyysteoriat ja esitykset Bayesin teoreeman soveltamiseksi todistusharkintaan ovat saaneet oikeuskirjallisuudessa vuosikymmenien aikana kritiikkiä osakseen. Jo kaavan tekniset haavoittuvuudet todistusharkinnan käyttötarkoituksessa ovat yksinkertaiset: syytteellä tai kanteella täytyy olla alkuperäistodennäköisyys, ja sen täytyy olla suurempi kuin 0; mistä sellainen

¹³⁷⁵ Niiniluoto 1983, s. 79 ja 82. Hän lausuu, että behavioralistille utiliteetit ovat ”käytännöllisiä utiliteetteja”, kognitivistille ne ovat episteesimisiä utiliteetteja, joista yksi on totuus. Tällä Niiniluoto näyttää ajattelevan lähinnä tiedemiestä. Myös näyttötuomari tavoittelee totuutta, mutta jos ymmärrän oikein, tämä tavoite konsumoituu jo kaavan toisessa osassa eli todennäköisyyden P tavoittelussa.

¹³⁷⁶ Strandberg 2012, s. 138 sanoo alaviitteessä 602, ettei tätä ole aina selvästi muotoiltu, mutta useimmat bayesianit hyväksyvät tämän väitteen. – Strandbergin mukaan oppi perustuu tässä kahteen todennäköisyysvaatimuksen ominaisuuteen kohdistuvaan edellytykseen: todennäköisyysasteiden ja todennäköisyysfrekvenssien välillä on vastaavuus, ja todennäköisyysvaatimus määrittää väärin tuomiovaikutusten lukumäärän (vain) yhteen suuntaan tai yhden lajityypin sisällä, se on: 75 %:n subjektiivinen todennäköisyys johtaa siihen, että 75 % aineellisesti vääristä tuomiovaikutuksista kohdistuu niihin, joilla on todistustaakkaa, ja 25 % niihin, joilla ei ole todistustaakkaa.

¹³⁷⁷ Ks. jäljempänä övervikt-periaatteen yhteydessä jakso 10.3.2.2.

¹³⁷⁸ Strandberg 2012, s. 138 – 139.

voidaan saada ja mikä olisi referenssiryhmä. Toisaalta teorioiden kannattajat ovat voimakkaasti tukeneet niitä, ja ne ovat osoittautuneet teoreettisen ajattelun tasolla elinvoimaisiksi. Yhä edelleen ilmestyy ja käsittääkseni voi hyvin ainakin yksi arvostettu erityisjulkaisu, joka käsittelee matemaattisia teorioita juuri todistusoikeudellisten sovellusten kannalta.¹³⁷⁹ Eniten kannatusta teorian tuntuvat kuitenkin nauttivan todistus- ja prosessioikeuden käytännön harjoittajien piirin ulkopuolella. Bayesin teoreemaa sovelletaan nykyään jo ainakin teknisissä tieteissä.¹³⁸⁰

Merkillepantavaa on, että meillä OK 17 lukua uudistettaessa Suomen Asianajajaliitto ilmaisi Todistelutoimikunnan mietinnöstä antamassaan lausunnossa, että todistusharkinnassa tulisi soveltaa ”bayesilaista päättelyä”. Lausunnossa todettiin, että todistusharkinnan kannalta olennaista ei ole ainoastaan yksittäisten todisteiden näyttöarvon arvioiminen, vaan myös sen määrittäminen, millä todennäköisyydellä riitainen seikka tulee todistetuksi, kun huomioidaan näyttö kokonaisuutena.” Viimeksi mainittua seikkaa onkin tärkeätä korostaa, mutta käsitykseni mukaan se on aina ollut ja oleva todistusharkinnan arkipäivää: tuomioistuimet eivät tee pelkästään yksittäisillä atomistisilla näyttöarvoilla mitään, vaan harkinta tähtää viimeiseen ”maaliin”, kokonaisuuden harkintaan. Lausunnossa viittaus Bayesiin jäi orvoksi; ehdotus lainkohdan sanamuodoksi esitettiin, mutta siinä viitattiin vain siihen, että todistelu on arvioitava kokonaisuutena. Sitä, miten juuri Bayesin teoreema olisi kanonisoitu noudatettavaksi, ei käy ilmi.¹³⁸¹ Tätä tuskin tarvitsee surra.

Tutkijoiden ”sijoittelussa” jonkin teorian kannattajiksi tai vastustajiksi on käsitteääkseni noudatettava suurta varovaisuutta. Useat esittävät sekä positiivisia että negatiivisia argumentteja, eikä ketään tulisi leimata, ellei hän itse selkeästi osoita valinneensa leiriään. Esimerkiksi seuraavista lähinnä Eide ja Dahlman ovat nähdäkseni bayesiaaneja, mutta Andersson ja Hov ovat sellaisiksi tuskin luokiteltavissa, vaikka he esittävät Bayesin teoreeman ja ylipäättään matemaattisten laskusääntöjen hyviä(kin) puolia.

Ankarin kriitikko on epäilemättä ollut Cohen. Oikeastaan koko hänen vuonna 1977 julkaisemansa klassikon *Probable and Provable* kärki suuntautuu sen osoittamiseen, miten käytännön kannalta mahdoton matemaattinen todennäköisyysteoria on, samalla kun hän tällä raivaa kentän omalle induktiiviselle

¹³⁷⁹ Law, Probability and Risk, jota kustantaa Oxford University Press.

¹³⁸⁰ Kuriositeettina näyttää olevan, että monessa esityksessä kiistat ovat kärjistyneet aikaisemmin tekstissä kuvaamani kuokkavieraan ongelman ja sinisten ja punaisten bussien tai taksien ongelman oikeaan ratkaisemiseen.

¹³⁸¹ Lausunkooste 30/2013, s. 49. Lausunnossa ehdotettu OK 17:1.2:n sanamuoto oli seuraava: ”Tuomioistuinten on ratkaistava, voidaanko seikka asettaa tuomion perustaksi. Tuomioistuimen on ratkaisua tehdessään huomioitava [sic] todistelun kohteena oleva seikka sekä sen puolesta ja sitä vastaan esitetty todistelu kokonaisuutena. Todisteiden näyttöarvo on arvioitava objektiivisesti ja huolellisesti.”

teorialleen.¹³⁸² Olen selostanut hänen näkemyksiään yksityiskohtaisemmin hänen oman teoriansa yhteydessä.

Käyn seuraavassa lävitse suopeiden – Dahlman, Andersson, Hov, Eide – lausumia, ja sitten käyn lävitse kriitikoiden näkemyksiä: ensinnä Diesenin, sitten Lindellin hiukan yleisluontoisempia huomautuksia, vastaavaa Klami – Gräns – Sorvettulan välittävää kantaa sekä Lea Brilmayerin täsmällisempää kritiikkiä, joka koskee todisteen painoarvoa ja puhdasta tilastollista näyttöä ainoana näyttönä. Esitän myöhemmin erikseen omia arviointejani ja pohdintojani puolesta ja vastaan.

9.2.5.3.2 Suopeita: Hov, Andersson (varauksin), Eide, Dahlman

Esitettyään esimerkin Bayesin teoreeman käytöstä **Hov** sanoo:

”Så kan vi spørre: Har slike regneregler noen praktisk funksjon, eller er det bare noe en hygger seg med ved universitetet og andre juridiske bakevjer? Jeg mener at det kan være atskillig å lære av slike eksempler, ikke minst på den måten at regnereglene kan hjelpe oss til å tenke riktig, selv om vi ikke har noen muligheter for tallmessig beregning.”¹³⁸³

Anderssonin 2017 esimerkki¹³⁸⁴, johon olen viitannut Bayesin teoreeman esittelyjaksossa, osoittaa, miten voimakkaasti todistusharkintaan voi vaikuttaa se, että alkuperäistodennäköisyydelle annetaan suuri painoarvo. Kysymys oli siitä, että nainen oli murhattu. Esillä oli kaksi seikkaa: mies oli aiemmin pahoinpidellyt vaimoaan, mille annettiin todistusarvo 0.7, ja alkuperäistodennäköisyydelle siitä, että naisen tappaneella miehellä on yleensä suhde uhriin, annettiin arvo 0.5. Näillä kahdella seikalla päästiin todennäköisyyteen 87,5/100 siitä, että mies oli murhaaja. Andersson, joka esittää esimerkin syytä epäillä

1382 Cohen esiintyy vuoden 1986 symposium-esityksessäänkin (Cohen 1988, s. 113 – 128) tosin vaikeatajuisesti, mutta jos ymmärrän oikein, hän ei peruuta yhtään näkemyksissään. Hän tuo muun ohella esiin, että vaikka rikosjutun näytön riittävyttä ryhdyttäisiin arvioimaan pascaliaanisilla termeillä, joudutaan väistämättä arvioimaan implisiittisesti tai eksplisiittisesti tosiseikkojen täydellisyyttä oikeudelle esitettyjen tosiseikkojen perusteella. Tällöin käy ilmi, arvioitaessa sellaisen näytön painoa (Keynesin evidential weight) asianmukaisesti, että pascaliaaninen arvio on turha. Niinpä väite, että kun on käsillä varteenotettavan täydellinen näyttö, silloin on varteenotettavan maksimaalinen syyllisyyden todennäköisyys, merkitsee hyppäämistä yli aidan, joka on tarpeellinen. Asianmukainen näyttökynnys perustuu yksinomaan syyllisyyden varteenotettavaan täydellisyyteen.

1383 Hov 1999, s. 258. Eide 2016, s. 20 – 21 siteeraa häntä teoksesta Rettergang II, (Papinian) Oslo 2000, s. 11: ”Vi tenker alle i sannsynligheter!” Hov 1999, s. 282 katsoo myös, että juristin todennäköisyyslaskelmista saama hyöty ei ole siinä, että hän osaa laskea täsmällisiä lukuarvoja, vaan siinä, että laskusäännöt auttavat meitä ajattelemaan oikein. Ja kertolaskusääntö osoittaa, että kun epäily koskee useita ehtoja, joiden kaikkien on täyttyvä, niin todennäköisyyttä sille, että kaikki ehdot on täytetty, *voidaan* alentaa. Jos epävarmuus koskee useita vaihtoehtoisia ehtoja, todennäköisyyden sille, että ainakin yksi niistä on täytetty, on sitä vastoin oltava suurempi kuin jokaisen yksittäisen ehdon todennäköisyys. Laskusäännöt voivat myös ehkä antaa meille käsityksen siitä, miten *paljon* todennäköisyys kasvaa tai laskee.

1384 Andersson 2017, s. 176 – 179.

-pakkokeinoedellytyksen yhteydessä, ei itsekään kelpuuta lopputulosta edes pakkokeinon perusteeksi, vaan tarvittaisiin muuta näyttöä.

Anderssonin tilaston perusteella antamaa priori -arvoa vastaan voidaan myös huomauttaa, että perinteisen dogmin mukaan kaiken epäselvyyden tulee koitua syytetyn – ja miksi ei myös epäillyn – eduksi. Jos syyllisyyden a priori -todennäköisyys on 0.5, miksi syyttömyyden todennäköisyys on 0.1? Välissä olisi siis harmaa (0.4:n levyinen) vyöhyke, joka kuvaa epävarmuutta. Eikö tämän epävarmuuden tule koitua syytetyn ja myös epäillyn eduksi? Tällöin myös syyttömyyden lähtöarvon tulisi olla 0.5. Syyllistyminen ja syyttömyys olisivat yhtä todennäköisiä. Andersson käsittelee siis pakkokeinotodennäköisyyttä 'on syytä epäillä'. Olisiko edes pakkokeinoasiassa 'syytä epäillä', kun puntit ovat tasoissa eli 0.5 ja 0.5? Tätä on syytä epäillä.

Anderssonin esimerkki Bayes-sovelluksesta onkin mielestäni nähtävä vain mallin toimimisen esittelynä, kuten hän tuokin esille. Hän kyllä suosittaa ”bayesianista ajattelua”, erityisesti esitutkinnan abduktiivisen päättelyn apuna, mutta korostaa kuitenkin sen seikan huomioonottamista, että alkuperäistodennäköisyydellä on merkittävä vaikutus lopputulokseen.¹³⁸⁵

Eide 2016 esittää kolme seikkaa, joilla (bayesianista) todennäköisyysteoriaa on kritisoitu, ja vastaa niihin. Ensimmäiseksi: tuomarit, juryn jäsenet (ja asianajajat) eivät osaa matematiikkaa ja tilastotiedettä voidakseen hyötyä epävarmuuden esittämisestä teorian avulla. Toiseksi, he eivät edes halunne oppia näitä aineita voidakseen hyötyä siitä. Kolmanneksi, vaikka oppi voidaankin saada, ei tämä tapa esittää epävarmuus helpottaisi intuitiivista prosessia eikä poistaisi siitä virhearviointeja. Hänen mielestään väitteillä näyttää olevan heikosti perusteita. Ensimmäinen oli ehkä aikaisemmin painavampi, koska tilastotiedettä ei opetettu. Toinen väite perustuu siihen, että edellytetään ihmisten älyllisessä rakenteessa olevan eroja. Mutta kun eri aloilla työntekijät ymmärtävät työssään matematiikan ja tilastotieteen käytön, tuntuisi kummalliselta, jos sama ei pätsisi tuomareihin ja asianajajiin. Kolmas väite voisi pitää paikkansa, jos ei välittäisi niistä virhearvioinneista, jotka johtuvat siitä, että todistusharkinnassa käytetään intuitiivisia prosesseja. Eiden tavoite on kirjaltaan osoittaa, että sellaisia virhearviointeja tuskin voidaan välttää, ellei arviointeja perusteta (yksinkertaiseen) tilastolliseen teoriaan ja todennäköisyysteoriaan. Eide huomauttaa, että torjuva joutuu kysymään, missä määrin on mahdollista antaa tietuille epävarmoille todisteille perusteltavissa oleva painoarvo käyttämättä tilastokäsitteitä. Eide turvautuu Hovin iskusanaan: ”Vi tenker alle i sannsynligheter!”¹³⁸⁶

1385 Andersson 2017, s.179 ja 182 (”Det är fullt möjligt att tänka Bayesianiskt utan att behöva uttrycka bevis i siffror och sätta dem i Bayes sats.”)

1386 Eide 2016, s. 20 – 21. Eide myöntää kyllä, että tilastokäsitteitä käyttävä metodi ei ole ongelmaton, ja mainitsee yhtenä ongelmana ”relevantin populaation” (eli referenssiryhmän) valinnan.

Dahlmanin 2018 näkemyksiä olen selostanut edellä.

9.2.5.3.3 Kriitikot Lindell, Diesen, Klami – Gräns – Sorvettula ja Brilmayer (paino ja puhdas tilastonäyttö)

Lindell 1999 ja 2017 on luetellut useita tekijöitä, joiden johdosta oikeudenkäyntiin liittyy erityispiirteitä verrattuna siihen todellisuuteen, jonka käsittelemiseen kvantitatiivisia todennäköisyyksille käytetään. Yhdistelemällä hänen esityksiään¹³⁸⁷ voidaan käsittääkseni tiivistää seuraavat piirteet.

Ensinnäkin kvantitatiiviset teoriat perustuvat frekventtiseen ajatteluun, kun taas oikeudellisessa todistelussa kohteena on ainutkertainen tapahtuma, jota ei voi toistaa.¹³⁸⁸ Oikeudenkäynnissä tapahtumia kuvataan arkipäivän kielellä, jolta puuttuu luonnontieteiden tai teknisten tieteiden kielenkäytön täsmällisyys. Arkipäivän kielenkäyttöön liittyy, että inhimillistä käyttäytymistä koskevia hataria kokemuslauseita ei voida kokonaan erottaa normeista, ja monesti on vaikeaa ja jopa mahdotonta tehdä eroa tosiseikan ja normin välillä, kokemuslauseiden ja oikeussääntöjen välillä ja todistus- ja oikeustositseikkojen välillä.¹³⁸⁹

Oikeudenkäynnissä todistusharkinta tapahtuu sääntöjärjestelmän puitteissa, mikä merkitsee toisaalta, että objektiivisen frekvenssiteorian edellyttämä (kohteiden tai otosten) satunnaisuus ja edustavuus puuttuvat, ja toisaalta sitä, että harkinnan täytyy olettaa olevan pohjimmiltaan sellaisten normien ohjaama, jotka ovat oikeudellisesti värittyneitä, vaikka ne olisi lainattu muilta tieteenaloilta.¹³⁹⁰ Oikeudenkäynnissä käsittelyn ja harkinnan kohteena on yleensä tietyssä tilanteessa tapahtunut ihmisen toiminta, jonka kuvitellaan olevan rationaalista.¹³⁹¹ Oikeudenkäynnissä tietolähteet, kuten todistajankertomukset, ovat puutteellisia.¹³⁹² Matemaattisten teorioiden soveltamisella todistusharkinnasta muodostuu suuresti *teknistetty ja vaikeasti lähestyttävä*.¹³⁹³

Diesen kohdistaa kritiikkinsä yleisesti frekvenssiteorioita, siis myös teema- ja todistusarvometodeita, kohtaan. Kritiikin ydin on ajatus frekvenssin subjektiivisesta käytöstä: ajatellaan fiktiivistä populaatiota ja yritetään sen avulla muodostaa käsitys

¹³⁸⁷ Lindell 1999, s. 467 – 474 ja 2017, s. 598 – 613 käsittelee laajahkosti näitä eroja. Esimerkit ja painotukset eroavat jonkin verran toisistaan. Olen yhdistellyt kohtia vanhasta ja uudesta esityksestä, koska myös vanhaan sisältyy hänen esittämänsä merkittäviä näkökohtia, jotka uudesta on jätetty sivuun.

¹³⁸⁸ Lindell 1999, s. 468 – 471 ja 2017 s. 598.

¹³⁸⁹ Lindell 1999, s. 471 – 473 ja 2017 s. 599 – 609.

¹³⁹⁰ Lindell 1999, s. 473 – 474 ja 2017 s. 609 – 613.

¹³⁹¹ Lindell 1999, s. 467 ja 497 – 498.

¹³⁹² Lindell 1999, s. 467 ja 478.

¹³⁹³ Lindell 1999, s. 481 – 482; 2017. s. 599 – 600: "Framställningar om bevisvärdering innehåller inte sällan avancerade formler, vilket förmodligen sammanhänger med att bevisvärdering också intresserat filosofer, statistiker och matematiker." Tähän Lindell yhdistää molemmissa lähteissä malliksi Edmanin yhteisvaikutuksen kaavan sekä Kurt Vonnegutin romaaniolion Zogin kohtalon – tämä menetti henkensä.

tavallisesta tapahtumainkulusta.¹³⁹⁴ Hän katsoo, että frekvenssiin perustuviin todistusarvojen arviointeihin (joita tehdään esimerkiksi arvometodilla) liittyy kaksi ongelmaa. Ensimmäisen muodostaa juuri subjektivismi. Laskelma vastaa vain kysymykseen, ”miten tavallista minä arvioitsijana katson jonkin olevan, suhteessa siihen miten katson että kyseiset ilmiöt normaalisti ovat suhteessa toisiinsa.” Toinen ongelma on se, että todennäköisyys lasketaan abstraktisti, mikä merkitsee, että ”tavallisella” on aina etusija ennen epätavallista, ja se vuorostaan merkitsee, että arvioinnista tulee aivan liian varovainen, kun on kysymys poikkeuksista. Rikollisessa toiminnassa on melkein säännönmukaisesti kysymys poikkeustilanteista ja jos silloin asetetaan rikoksen jäljet frekvenssiharkintaan, se merkitsee usein liian yleistä ja pidättyväistä todennäköisyysarviointia. – Aina tulee lähteä yksittäisestä tapauksesta ja todennäköisyysarvioinneissa siis *todennäköisyydestä yksittäisessä tapauksessa*. Vaikka jokin seikka näyttää mitä suurimmassa määrin epätodennäköiseltä, se on voinut kuitenkin tapahtua, ja koska rikosjutussa arvioinnin kohteena on yksittäinen uniikki tapahtuma, on myös harkinnan kohteena yhteys käsillä olevan näytön ja todellisuudessa tapahtunutta koskevan väitteen välillä. Yksittäisen tapauksen kannalta on siis vähemmän tärkeitä, miten suuri ennustesuhte jo tapahtuneelle on ollut. – Tämä merkitsee rikosjutun näytön arvioinnille sitä, että tuomarin täytyy keskittää huomionsa siihen, miltä yhteydet todellisuuden tapahtumien ja tarjolla olevan todistelun näyttävät, eikä siihen, miten tavallisia näiden yhteyksien voidaan olettaa olevan suuremmassa populaatiossa (”100 samanlaisessa todistelutilanteessa”). Se ”fiktio”, joka tarvitaan näytön arvioimisessa, ei ole, että sama malli toistuu tapaus toisensa jälkeen, vaan konkretisoitu kuva siitä, mitä todella on tapahtunut. Jutun (välittömistä ja välillisistä) todisteista luodaan skenaario (tai useita vaihtoehtoisia) teonkuvauksen puitteissa ja arvioidaan sitten, miten hyvin todisteet ovat sopusoinnussa tämän skenaarion kanssa ja miten suuri jäljellejäävä epävarmuus on. Prosessi toistetaan sitten jokaisen osateeman osalta, kunnes arvioitsija saa kuvan totaalisesta todennäköisyysyhteydestä tekoväitteen ja todella tapahtuneen välillä, Diesen toteaa.¹³⁹⁵

Toisaalla Diesen katsoo perusongelman olevan (todennäköisyyksiä koskevan) empiriatiedon puuttumisen sijasta se, että tuomari pakotetaan ajattelemaan todennäköisyyksin. *Miten suuri syyllisyyden todennäköisyys onkin, se ei riitä,*

¹³⁹⁴ Diesen 1994, s. 14 – 16 ja 2002 – 03 s. 227.

¹³⁹⁵ Diesen 2002 – 03, s. 227 – 228. Hän arvioi alaviitteessä 32, että lienee lyhyesti sanottuna mahdotonta arvometodia oikein soveltamalla saavuttaa rikosjutun korkea näyttövaatimus yksinomaan indisioiden avulla. Hän huomauttaa Ekelöfinkin pitäneen epäilyttävänä, voisiko ketään tuomita pelkästään indisioiden perusteella (vaikka tuomioistuimet ovat sallineet tämän yli 100 vuotta); Diesen viittaa Ekelöfiin, (oikeastaan Ekelöf – Boman, koska 6. painos 1982; ks. Diesen s. 223 alaviite 21) s. 161.

*jos ei ole myös olemassa konkreettisia todisteita, jotka sitovat tekijän rikokseen.*¹³⁹⁶ Hän on huomauttanut myös siitä, miten vähän metodien kannattajat lausuvat näyttövaatimuksesta (kynnyksestä); siihenhän juuri vertaaminen pitäisi kohdistua. Erityisesti todistusarvometodista hän lausuu, että se ”ei ole näytön arviointimetodi vaan vain tapa muokata kokemuslausetta, empirinen referenssi joka voi olla käyttökelpoinen ja adekvaatti näytön arvioimiseen yksittäisessä tapauksessa.”¹³⁹⁷

Klami – Gräns – Sorvettula katsovat, että ongelmien vuoksi ei Bayesin teoreemaan tule sitoutua, mutta sitä voidaan käyttää esimerkiksi silloin, kun on kysymys melko täsmällisiin tilastoihin perustuvasta tieteellisestä näytöstä. He huomauttavat alkuperäistodennäköisyyttä koskevan vaatimuksen vaikeudesta ja seurauksista. Riitajutuissa base-rate todennäköisyyksien puolueeton jakauma 0.5 – 0.5 voitaisiin ehkä hyväksyä. Vaikka alkuperäistodennäköisyyden valinnan voitaisiin väittää olevan vain tekniikkaa, on ainakin jossain määrin ongelmallista valita 50 %:n todennäköisyys syytetyn *syllisyyden hyväksi*, varsinkin kuin laki on tällä kohden täysin selvä: *syöttömyysolettama* on voimassa. Jos apioriille halutaan objektiiviset arvot, lähtökohtana pitäisi ilmeisesti olla jonkinlainen tilastollinen päättely rikosfrekvensseistä tietyssä populaatiossa, johon vastaaja kuuluu. Tämä johtaa referenssiryhmäongelmaan.¹³⁹⁸

Brilmayer on huomauttanut siitä, että Bayesin teoreema ei ilmaise todisteen painavuutta (weight of evidence)¹³⁹⁹ eikä anna sille merkitystä ja että todennäköisyyden raja-arvot 1 ja 0 muodostavat ongelman erityisesti teemaa koskevan

1396 Diesen 2015, s. 220. Kursivointi Diesenin. Hän viittaa artikkeliin Diesen & Björkman 2003 – 2004, joka koskee HD:n DNA-näyttöratkaisua NJA 2003 s. 591. Hän toistaa siinä s. 902 teesinsä, samoin kursivoituna, ettei ketään voi tuomita vastuuseen rikoksesta vain korkean alkuperäistodennäköisyyden perusteella. – Ehkä helposti jää kuitenkin huomiotta, että esimerkiksi DNA-näytettä ei oteta tyhjästä, vaan useimmiten jostakin konkreettisesta esineestä, kuten edellä mainitussa ratkaisussa ryöstön yhteydessä särkyneestä lasin palasesta. En myöskään ole varma siitä, mikä tällaisessa tilanteessa on ”alkuperäistodennäköisyys” – eikä DNA:n löytyminen ole pikemminkin ”oikea” todiste, kuten vaikka kengänjälki tai veritahra? – Diesen toteaa lähtökohdan rikosjutun todistusharkinnan filosofisesti katsoen koskevan totuusarvoja, ei todennäköisyyksien suhteita, minkä väittämän hän alaviitteessä 72 lausuu olevan ”ett postulat, inte ett filosofiskt välgrundat påstående”. Niin tai näin, hän myöntää kuitenkin heti Strandbergiin 2012 s. 130 ss. ja erit. s. 144 s. viitaten, että lopputuloksessa on kysymys erästä subjektiivisen todennäköisyyden muodosta. ”Ilmaisu ’totuus’ toimii kuitenkin rajoituksena todennäköisyyslaskelmia vastaan, joiden mukaan suuri todennäköisyys voisi riittää täyttämään näyttövaatimuksen.” – Diesenin argumentaatio muistuttaa edellä viitatusa keskustelusta Brilmayerin ja Kayen välillä, ks. Brilmayer 1988, s. 149 ja 152 – 153 ja Kaye 1988, s. 178 (ks. jäljempänä alaviite 113).

1397 Diesen 1994, s. 15.

1398 Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 103 – 105.

1399 Brilmayer 1988, s. 156 – 159. – Martin 1988, s. 172 – 173 vastaa, että sikäli kuin otoksen suuruus on tärkeä, näkemyksen tarkistamisen (uuden todisteen perusteella) täytyy perustua kokeisiin, ja niiden tulosta on analysoitava tilastollisesti. Bayesin tilastolliset tekniikat ovat täysin riittäviä analysointiin ja päätelmien tekoon otosten datan, myös otosten suuruuteen liittyvän, perusteella. Suuri osa oikeudellista päättelyä ei kuitenkaan ole tilastollista, vaan perustuu näyttöön ainutkertaisista tapahtumista. Sellainen päättely soveltuu vielä bayesianiseen inferentiaaliseen analyysiin, mutta ei tilastolliseen päättelyyn (ei bayesianaiseen eikä muuhunkaan); todisteiden lukumäärä on todennäköisesti toissijainen suhteessa niiden todistusarvoon määrättäessä näytön kokonaispainoarvoa. – Kaye 1988, s. 178 huomauttaa Brilmayerin sekoittavan datan otoksen suuruuteen ja sivuuttavan tosiasialliset bayesianiset metodit, joilla hänen esittämänsä ongelmatilanteet voidaan ratkaista.

todisteluvaiheen jatkuessa.¹⁴⁰⁰ Näihin kriitikoiden esittämiin ongelmiin on teoreeman kannattajien puolelta sitten vastattu.

Toisaalta mainitussa kritiikissä ”painavuudella” (weight of evidence) on kuitenkin ymmärretty ainakin joissakin yhteyksissä suunnilleen samaa mitä yleensä ymmärretään näytön robustiudella; ei siis sitä, mitä yleensä ymmärretään todisteen todistusvoimalla. Brilmayer tarkoittaa nimittäin sitä, ettei kaava ilmaise eikä noteeraa sitä, minkä vahvuiseen tausta-aineistoon – eli kolikonheiton tapauksessa kymmeneen vai tuhanteen kokeeseen – kruunan tai klaavan saamisen todennäköisyys perustuu.¹⁴⁰¹ Tämä ilmaisutapa selittyy käsittääkseni sillä, että bayesianisen ajattelun pohjana ovat frekvenssit, ja ’painoarvo’ tarkoittaa tällöin todisteen D paikkansapitävyyden tilastollista varmistamista: karkeasti luonnehtien D:n painoarvo olisi sitä suurempi, mitä suurempaan otokseen se perustuu. Toisin sanoen arpakuution 100 heitolla saadaan lukemalle suurempi todennäköisyys eli lopputulos on vakaampi, robustimpi kuin 10 heitolla saatu.

On myös keskusteltu siitä, onko pelkkä tilastonäyttö riittävää kanteen voittamiseksi vai onko kantajan edellytettävä esittävän myös muuta näyttöä, ja miten tuomioistuimien toimisi tilanteessa, jossa on vain paljasta tilastonäyttöä.¹⁴⁰² Tässä yhteydessä on viitattu siihen, että Bayesin teoreema ei (aina) noteeraa niin sanottuja toisen asteen propositioita eli väitteitä, jotka koskevat ensi asteen väitteitä reaali maailman tapahtumista. Tällainen toisen asteen väite on muun muassa väite, että todiste on puhdasta tilastonäyttöä. Tässäkin yhteydessä on viitattu mainittuihin esimerkkitapauksiin.¹⁴⁰³

1400 Brilmayer 1988, s. 160 – 164. Hän tarkoittaa tilannetta, jossa jury tai sen jäsen on esitetyn todisteen perusteella antanut väitteelle todennäköisyysarvon 1, ja uuden todistajan kertomus osoittaa luotettavasti, ettei aiempi kertomus pidä paikkaansa. Kun Bayesin teoreemassa yhdistely perustuu kertolaskuun, ykkösestä ei voi pudota alaspäin eikä nollasta pääse ylöspäin, eli virheitä ei voi korjata. – Martin 1988, s. 173 – 174 vastaa tähän, ettei bayesilainen analyysi ole deskriptiivinen vaan normatiivinen malli: näkemyksen tarkistamisen tulee tapahtua todennäköisysteorian aksioomien mukaisesti, ja näyttö on *arvioitava* ottaen kaikki mahdollisuudet huomioon (kursivoinnit Martinin). – Kaye 1988, s. 177 – 178, myöntää, ettei Bayesin sääntö kerro, miten tilanne korjataan; tällöin on ”astuttava matematiikan ulkopuolelle”. Hän huomauttaa myös, ettei tule olla liian nopea antamaan arvoja 1 tai 0.

1401 Brilmayer 1988, s. 160 -161.

1402 Ks. Brilmayer 1988, s.149 ja 152 – 153. Kysymys siitä, kummalla tavalla, puhtaalla tilastonäytöllä vai pitäytymällä tiukasti sääntöön, että muu(ta) näyttö(ä) on esitettävä (”insistence” rule), saadaan oikeampia ratkaisuja, oli eräs keskustelukysymyksistä Brilmayerin ja Kayen 1988, s.178 välillä. Kun edellinen katsoi ”lain” olevan haluton perustamaan rikosjutun tuomion paljaaseen tilastonäyttöön, Kaye kyseenalaisti tämän ja sanoi sen olevan myytti; todellinen selitys perustuu siihen, että tilastonäytöstä ei käy ilmi, että vastaaja ”todella” teki teon. Kiista koski myös sitä, antaako tuomioistuin pelkän kantajan tilastonäytön tilanteessa directed verdict’in eli lopettaa asian käsittelyn.

1403 Ks. Brilmayer 1988, s. 150 ja 155. Ajatus kulkenee seuraavasti. Bayesianinen logiikka edellyttää, että sen, mikä lisää yhden vaihtoehdon todennäköisyyttä, täytyy vähentää toisen todennäköisyyttä. Se ei arvioi näyttöä, jolla olisi samanlainen vaikutus kaikkiin todennäköisyyksiin. Sen mukaisesti kaiken näytön, jolla sen loogisen muodon perusteella voidaan olettaa olevan yhden vaihtoehdon todennäköisyydelle identtiset seuraukset kuin kaikille muille, täytyy olla irrelevantti, so. se voi käsitellä niitä vain jättämällä ne noteeraamatta. Kaikki todistelun kokonaisuutta koskeva todistelu, joka oli esitetty aikaisemmin, on normaalisti irrelevanttia, koska se vaikuttaa samalla tavoin kaikkiin tuohon todistelun kokonaisuuteen perustuviin vaihtoehtoihin. Huomautus, että pelkkä tilastollinen näyttö muodostaa alkuperäisen todennäköisyysjakauman, on tämän tyyppistä ”näyttöä”. Se kohdistuu yhtäläisesti kaikkiin tilastolliseen näyttöön perustuviin todennäköisyyksiin. Niinpä on aina ongelmallista tarkistaa todennäköisyysarviota sen näytön jonkin piirteen perusteella,

9.2.5.4 Omaa arviointia: mitä hyvää Bayesissa

Bayesiaanisella teorialla on useita puoltajia myös pohjoismaissa, mutta myös paljon vastustajia ja epäilijöitä – Cohenin lisäksi.

Hov’in ja Eiden toteamus, että ajattelemme ”alle” todennäköisyyksinä, pitää varmaan paikkansa, mutta se ei ole mielestäni olennaista. Emme kuitenkaan anna näille ajatuksille lukuarvoja emmekä suorita laskutoimituksia lukuarvoilla – mikä vasta tekisi argumentin kestäväksi.

Lainaan Jonkan tiivistettyä arviointia. Hän liitti sen varsinaisesti todistusketjun tarkasteluun. Todisteketju on kuitenkin olennainen työväline bayesiaanisen matematiikan soveltamisen kohteena, joten arviointi soveltuu mielestäni yleisemminkin.¹⁴⁰⁴

”Praktista merkitystä ”ketjuajattelulla” on sikäli, että näin lainkäyttäjä tulee erittelevämmin pohtineeksi ja pystyy itselleen sekä myös tarvittaessa muille helpommin perustelemaan, mitkä tekijät kulloinkin ovat vaikuttaneet todisteen näyttöarvoon. Lainkäyttäjän on oltava valmis vastaamaan kysymykseen, miksi hän on pannut jollekin todisteelle juuri tietyn painon, mutta näyttökysymyksen perusteleminen on tavallisesti ymmärretty hyvin vaikeaksi. Osaltaan tätä tavoitetta ja sitä kautta näyttöratkaisun kontrolloitavuutta voidaan edistää todistusrelaation erittelevällä tarkastelulla.”

Matemaattisluonteinen lähestymistapa antaa ratkaisijalle ajattelua selventäviä apuvälineitä ja tavallaan pakottaa hänet ihannetapauksessa miettimään todisteiden arvoa ja painavuutta erilaisella intensiteetillä kuin yksinomaan intuition ja siihen aina liittyvän jonkinlaisen möhkälemäisyyden avulla.

Omasta mielestäni ajattelutavan tärkeä hyvä puoli on se, jonka Cohen on tehnyt helpommin havaittavaksi voimakkaalla kritiikillään. Kun näyttötuomari tuntee matemaattisen todennäköisyyden perusmuodot ja todistusvoimien yhdistämistä koskevat säännöt, hän tajuaa, *ettei matematiikkaa voida suoraan käyttää todistusharkinnan lopputuloksen muodostamiseen*. Juuri tämän osoittaminen oli Cohenin tarkoituksena, ja siinä hän mielestäni onnistui. Mutta samalla näyttötuomari tajuaa, miten eri todennäköisyydet ja todistusvoimat ovat

joka ensin antoi siihen aiheen. Todistelun luonnehdinta ”paljaaksi tilastoksi” on toisen asteen väite, muita todisteita koskeva väite. Vaihtoehtojen todennäköisyyksien käsittelyn symmetrisyys perustuu kahteen seikkaan: ensinnäkin uusi ”näyttö” koskee (itsessään) näyttöä, ja toiseksi, sama näyttö tukee koko todennäköisyysjakaumaa. Koska bayesiaanisessa järjestelmässä todennäköisyysarvioiden tulee olla komplementaarisia eikä symmetrisiä (so. niiden summan täytyy olla yksi), todiste, jolla on vain symmetrisiä seurauksia., täytyy jättää irrelevanttina huomiotta. – Tähän vastaa Martin 1988, s. 170 – 172: Lähtökohta eli ennuste a priori kuokkavieras-esimerkissä (501/499) ei ole johdettu bayesiaanisesta analyysistä, vaan se perustuu kyseessä olevan populaation jakaumaan, ja kun muuta todistelua ei ole ilmoitettu, Bayesin teoreemaa ei ylipäätään voi soveltaa. – Myös Kaye 1988, s.178 – 179 vastaa kritiikkiin.

1404 Jonkka, 1993, s. 37 – 38.

järkevässä ja ”haltuunotettavassa” suhteessa toisiinsa. Laskusäännöt pitävät sittenkin paikkansa, mutta numeroiden ei tule antaa ratkaista – muuten kuin ehkä vahvuuksien *suhteiden* osoittajina. Kahdesta ei-paikkansapitävästä väitteestä tai tukipilarista – todistustosisaikasta – ei tule yhtä vahvaa pilaria teke-mälläkään. Kaikkien pilarien eli todistustosisaikkojen on oltava vähintäänkin todennäköisesti, ellei vahvemmin, totta.

Käsitellessään kysymystä, onko todistusharkinnassa parempi käyttää toden-näköisyyksistä numeroita vai kielellisiä ilmaisuja, Jerkø tuo esiin, ettei nume-roilmaisuja käyttö ole riippuvainen siitä, mikä rooli matematiikan metodeilla tulee olla todistusharkinnassa tai juridiikassa yleensäkin; toisin sanoen, se, onko vakuuttuneeksi tuleminen realistinen päämäärä, ei edellytä, että siihen päädytään matemaattisten laskelmien tuloksena – tai että näyttötuomarilla on minkäänlaista käsitystä todennäköisyysteoriasta. Jerkø:n mielestä ”väitteet, että todennäköisyysteoria on liian vaikeata sovellettavaksi tai että näyttötuomarin intuitiiviset arvioinnit usein poikkeavat siitä, mitä seuraa todennäköisysteorian laskusäännöistä, ovat siis täysin irrelevantteja tämän kysymyksen suhteen. Ky-symys edellyttää vain, että vakuuttuminen on tapahtunut. Ei merkitse mitään, onko se intuitiivisten arviointien tulosta vai onko se syntynyt käyttämällä nar-ratiivista, koherenttista, todennäköisysteoreettista tai muuta metodologiaa. Ja kysy-mys on vain siitä, onko vähemmän realistista tavoitella tätä vakuuttuneisuutta käyttäen mittakeppiä, jossa tavoitteen yksiköt on ilmaistu numeroilla, kuin on tavoitella vakuuttuneisuutta käyttäen mittakeppiä, jossa tavoitteen yksiköt on ilmaistu sanallisilla ilmauksilla.”¹⁴⁰⁵

Mielestäni Jerkø on sekä oikeassa että sikäli väärässä, että hän liioittelee tarpeettomasti. Subjekttiivinen vakuuttuneisuus on saatu ja voidaan saada tur-vautumatta ainakaan tietoisesti mihinkään alalla kehitetyistä metodeista. Mutta aivan irrelevantteiksi en metodeita leimaissi. Matemaattistenkin todennäköisyys-teorioiden anti on ilmeinen. Mikä estää niin sanotusti vanhan koulunkaan¹⁴⁰⁶ näyttötuomaria antamasta pyöreitä todennäköisyysarvoja todistelluille teemoille ja suorittamasta kokeeksi kertolaskua todennäköisyyksillä? Tämä tekee havain-nolliseksi, miten hataralla pohjalla saatetaan liikkua. Samaa osoittaa kysymys, onko kaikkien oikeustosisaikkojen erillisten todennäköisyyksien lisäksi vielä todennäköisyydet kerrottava keskenään, jos halutaan nähdä, miten todennä-köinen oikeasti on yhdistetyn ”pääteeman”, ultima probandum eli esimerkiksi syyksiluettavuuden näyttö. Lopputulos voi olla yllättävä ja saada näyttötuomarin entistä vakuuttuneemmaksi siitä, että todennäköisyysteoria ei ole oikea metodi,

¹⁴⁰⁵ Jerkø 2017, s. 280.

¹⁴⁰⁶ Twining käyttää termiä *hard-nosed practitioner*, jolle hän antaa käsittääkseni kriitikon roolin uutta esiteltäessä.

jos ylipäättään järjestelmän tulee toimia (ja että Cohen on oikeassa). Näin asia varmaan onkin, mutta terveellistä varovaisuutta se hänelle lisää.

On kuitenkin tilanteita ja juttutyppejä, joissa voidaan ainakin osaksi – joidenkin todistustositseikkojen kohdalla - hyödyntää tilastollisia todennäköisyyksiä. Tällaisia ovat tunnetusti isyysjutut sekä eräät muut kirjalliseen tai suulliseen asiantuntijatodisteluun perustuvat todistelukysymykset, kuten kriminalistiikkaan perustuvat DNA- ja sormenjälkifrekvenssit. Niille tyyppillistä on, että todennäköisyysarvot on saatu tuomioistuimeen ”valmiina”, muiden tieteenalojen toimijoilta, kuten lääketieteen tai rikostutkinnassa käytettyjen kemiallisten tai fysikaalisten kokeiden, muutoin toistuvien havaintojen ja erityisalan¹⁴⁰⁷ tutkimustulosten ja kokemussääntöjen pohjalta. Näissä tilanteissa voitaisiin periaatteessa hyödyntää myös Bayesin teoreemaa, jos se olisi tarpeen. Käytännössä tähän ei useimmiten liene ollut tarvetta, koska asiantuntija-arviot todennäköisyyksistä ovat siinä määrin selkeitä ja muut vaihtoehdot poissulkevia, että ne käytännössä riittävät ratkaisemaan näyttökysymyksen, usein ultima probandumiinkin ulottuen.¹⁴⁰⁸

9.2.5.5 Omaa arviointia: mitä huonoa Bayesissa

Ehkä painavin ja tavallaan helpoin kritiikki, joka voidaan tehdä todistelutuloksen todennäköisyyden matematisointia eli $0 < \rightarrow 1$ -asteikolla esittämistä kohtaan, johtuu siitä, että tämä matematiikka perustuu todennäköisyyden frekvenssitilintaan. Tosiseikkoja vain harvoin voidaan neutraloida matematiikan käsitteiksi saati että niille voitaisiin todella antaa lukuarvoja. Tehtävän edellyttämä yhteinen mittakeppi tai ”muuntaja” puuttuu kokonaan. Ongelma ei tuossa vaiheessa ole niinkään se, minkälaisilla kaavoilla noita lukuarvoja lasketaan, vaan enemmänkin se, *mikä on ennen*: tosiseikan määrittely, tosiseikan löytäminen, tosiseikan vertaaminen edellytettyyn, yhtenevyyden toteaminen - kaikki nämä on suoritettava ennen kuin tosiseikalle voitaisiin teoriassa antaa lukuarvo, joka kuvastaisi jotenkin sen näyttöarvoa.¹⁴⁰⁹

Diesenin vahva kritiikki frekvenssiarvioinnin subjektiivisuutta ja ”sataa samanlaista todistelutilannetta” kohtaan pitää vanhastaankin paikkansa, mutta

1407 Erityisalan voi olla esimerkiksi betoniteollisuus: voidaan tarvita tietoja erilaisten lisäaineiden vaikutuksesta betonin vahvuuteen, millä voi olla merkitystä erilaisten vahinkojen syntymisen todennäköisyydelle.

1408 Joissakin asiantuntijalausunnoissa käytetään havaintojen ja johtopäätösten selvemmin esittämiseksi ilmaisuja, jotka on ilmoitettujen perusteiden mukaan jo porrastettu varmuusasteikolle. Ilmaisut kuvaavat tiettyjen ääriarvojen väliin jääviä, siis likimääräisiä varmuuden asteita. Mutta vaikka todisteesta tehty johtopäätös varmuudesta ilmaistaankin matemaattiselta näyttävällä tavalla, tällä ei ole sanottu kovin paljon todistelun kokonaistuloksesta - ellei sitten lausunto ole ainoa näyttö asiassa. Jäljelle voivat jäädä lausuntoa tukevien ja vastapuolen esittämien todisteiden vastavaikutuksen punninta vastakkain. Ei ole itsestään selvää sekään, että asiantuntijan käyttämä porrastus voidaan suoraan ”istuttaa” tuomioistuimen esillä olevassa jutussa soveltamaan todennäköisysharkintaan. Tilanteesta riippuen ei ehkä kuitenkaan olisi mahdotonta tällöin soveltaa jonkinlaista intuitiivista todennäköisyyksien ja painoarvojen vertailua.

1409 Tätä voidaan havainnollistaa viittaamalla siihen kirjoon, mikä tuomioistuinta sen kuollessa henkilötodistelu yhdenkin kärkepäpäivän aikana saattaa kohdata. Asiakirjatodistelu ei ole erilaisessa asemassa.

hänen ansionsa mielestäni on se, että hän on lausunut sen tiiviissä muodossa julki. Yhä edelleen kuitenkin matemaattisten teorioiden kannattajat ja bayesinaanit myös Ruotsissa kipuilevat sopivan frekvenssirahmân etsimisessä.¹⁴¹⁰ Bayesin teoreema tarvitsee referenssiä, paitsi sille välttämättömän alkuperäistodennäköisyyden arviointiin, myös likelihood ration eli seikan yleisen todennäköisyssuhteen lukuarvona. Kun kirjallisuudessa käsitellään näitä arvoja, tuntuu ajatuksena olevan, että näyttötuomarilla on taustalla jonkinlainen sadan samanlaisen jutun ja niiden sisällä samalaisen tilanteen varasto, josta hän määrittelee suhdeluvut. Tämä on fiktio, minkä Diesen kyllä tuo julki.

Bayesin a priori edellyttää alkuperäistodennäköisyyden käyttämistä ja sen arvon määrittämistä. Näitä kahta käsitettä ei tule sekoittaa, mutta ensimmäisen todisteen arvioinnin alussa alkuperäistodennäköisyys on sama kuin a priori,¹⁴¹¹ eikä a priori voi olla nolla edes syylisyyden ollessa teemana. Tähän kohdistuvaa periaatteellista ja käytännöllistä kritiikkiä olen selostanut aikaisemmin, alkuperäistodennäköisyyttä koskevassa jaksossa.

Bayesin teoreeman soveltaminen edellyttää, että on olemassa tieto relevanttien seikkojen frekventtisistä todennäköisyyksistä: alkuperäistodennäköisyydestä (alkuperäinen a priori -ennuste) ja tämän jälkeen jokaisen uuden todisteen omasta todennäköisyydestä. Näitä tietoja ei ”tavallisessa” jutussa ole saatavissa mistään, koska frekventtinen todennäköisyys pohjautuu riittävään määrään koetilanteen toistoja ja siinä saatuihin todennäköisyysarvoihin.

Yhtä lailla kuin tieteellisessä tutkimuksessa, oikeudenkäynnissä tapahtuvaan totuuden tavoitteluun pätee kuitenkin, että mahdollisimman hyvään tulokseen pääsemiseksi päättely tai vastaavasti todistusharkinta *tulisi* uusia mahdollisimman monta kertaa. Muutoin ei voida ylipäätään puhua arvoista 0 ja 1 poikkeavista totuusfrekvensseistä¹⁴¹².

Oikeudenkäynnissä totuuden selvittely kohdistuu ainutkertaiseen tapahtumaan tai ainutkertaisiin tapahtumiin. Tätä ei muuta miksikään se, että itse todistelu esittämisineen ja harkintoineen voidaan joutua suorittamaan useampaan kertaan – muutoksenhakujärjestelmästä riippuen jopa kolme kertaa, mikäli ylemmätkin oikeusasteet ratkovat näyttökysymystä. Lisäksi rikosjutussa suoritetaan esitutkinta. Mikäli jostain syystä jutussa joudutaan palautukseen, käsittelykertoja tulee vielä lisää. Kokeen toistaminen kolmasti on luonnollisesti parempi tae oikeasta lopputuloksesta kuin kertayritys. Ajatus muutoksenhakukäsittelyjen

1410 Ks. esimerkiksi Dahlman 2018, s. 110 – 112.

1411 Dahlman 2018, s. 83.

1412 Todennäköisyyden frekvenssitulkinnasta ks. Niiniluoto 2003 s. 15 – 16. Mainittu huomautus on Peircen esittämä, ks. tästä Niiniluoto 2003 s. 15 – 16. Luultavasti samaa kysymystä pitää silmällä Eckhoff 1988, s. 332, kun hän pohtii, onko hyväksyttävää esittää todennäköisyysasteita numeroita käyttäen, kun ei tälle ole tilastollista pohjaa. Hän vastaa kysymykseen myöntävästi edellyttäen, että tehdään selväksi, että lukuja ei saa ottaa kirjaimellisesti, vaan että ne palvelevat sen esittämistä, miten suuren todennäköisyyden suunnilleen katsotaan olevan olemassa.

rinnastamisesta tilastollisen kokeen suorittamiseen tuntuu kuitenkin groteskilta. Oikeudenkäynnissä ja näytön vastaanottamisen sekä harkinnan uusimisessa ei ole kysymys vaihtelevien ulkopuolisten ja sattumanvaraisten tekijöiden kanalta vakioidusta tilanteesta samalla tavalla kuin luonnontieteellisessä kokeessa. Esimerkiksi todistajan muistin huononeminen – joka voi ilmetä myös ”parantumisena” – on tosiasia.¹⁴¹³ Vielä suurempi ero on otoksen juttujen ja ratkaisujen koostamisessa: jo tutkittava aineisto on aina erilainen.

Diesen¹⁴¹⁴ on tuonut esille mielestäni merkittävän näkökohdan: jos tuomioistuimien käyttäjä ”samanlaisissa todistelutilanteissa” aikaisempia syyksilukevia ratkaisuja referenssinä, se ei voi tietää, ovatko ne oikeita, ja todistusharkinnasta tulee itseohjautuvaa: aikaisemmista tuomioista tulee automaattisesti oikeita tuomioita. Lisäksi hän on huomauttanut – sen teesin tueksi, että tuomioistuimien ei määrittele todennäköisyyksiä, vaan jutun totuutta – että oikeusjutut koskevat usein normaaliin verrattuina poikkeuksellisia tilanteita, jotka ovat ”obscured by the statistics”.¹⁴¹⁵ Vaikka harkinnan filosofisesta perusrakenteesta oltaisiin toista mieltä (sillä todennäköisyyden käsite on loppujen lopuksi vain apuneuvo), Diesenin toteamuksissa on joka tapauksessa mielestäni vahvasti perää.¹⁴¹⁶

Todistusharkinnan perimmäinen päämäärä on ”koko totuuden” harkitseminen, eikä kysymys ole ensisijaisesti yhden todistajankertomuksen vaikutuksen arvioimisesta. Merkittävä muuttuva olosuhde onkin se, että pohjimmiltaan yksilöllinen harkintaprosessi tapahtuu eri oikeusasteissa eri tuomarien toimesta. Tukeutuminen toistettavuuteen muutoksenhakumenettelyn avulla ei ole vahvaa argumentointia siitäkään syystä, että järjestelmän ensisijainen päämäärä on löytää ”totuus” heti ja kertaselvittelyllä. Tämä tavoite näkyy erityisen selvästi oikeusjärjestelmissä, joissa muutoksenhaku näyttöratkaisuun on kokonaan kielletty tai sitä on rajoitettu vain karkeimpiin virheperusteisiin. Toisin sanoen argumentti on ”systeeminvastainen”.

Bayes on kyllä saanut ehkä liikaakin painolastia. Kaikissa teorioissa, joissa pyritään soveltamaan klassista todennäköisyyttä, eteen tulevat eri todisteiden ketjun rakentamisessa ja yhteisvaikutuksen (yhteisen painoarvon, yhteisen todennäköisyyden) muodostamisessa matematiikan laskusäännöt, kuten

1413 Siten on aika tavalla kysymyksenalaista, missä määrin pätevä on pelkästään se yhä useammin meillä kertomusten uskottavuuden vertailussa kriteerinä käytetty seikka, että henkilö kertoo samalla tavoin eri oikeusasteissa ja esitutkinnassa. Toinen asia on, että tuomioistuimien voi esimerkiksi kertomuksen esittämistavasta tekemiensä havaintojen perusteella yhdessä kertomusten yhtäpitävyyden kanssa perustellusti päätyä pitämään kertomusta uskottavana.

1414 Diesen 2000, s. 173.

1415 Diesen 2000, s. 175.

1416 Hänen jälkimmäinen huomautuksensa avaa erään näkökulman prejudikaateiksi valittavien hovioikeusratkaisujen valikoitumiseen ja valikoimiseen. Jos siitä olisi tiivistettävissä jokin ohje, se voisi olla, ettei tällainen ratkaisu saisi olla rakenteeltaan ja tosiseikastoltaan liian ”normaalista poikkeava”.

multiplikaatio- eli kertolaskusääntö. Nämä säännöt ovat sellaisinaan tietysti paikkansapitäviä eivätkä liity nimenomaisesti Bayesiin.

Omasta mielestäni seikka, johon ei oikeuskirjallisuudessa ole kovin paljon kiinnitetty huomiota, on se vaara, että luonnontieteestä lainatulla eksaktilta näyttävällä ilmaisutavalla tuodaan etualalle seikkoja ja menetelmiä, jotka saattavat *peittää* alleen tärkeitä yhteiskuntaan ja muualle liittyviä argumentteja ja näkökohtia. Kun jotain paljastetaan, samalla huomaamattakin saatetaan peittää jotakin. Matematiikka antaa eksaktiuden ja sitä kautta luotettavuuden kulissin.¹⁴¹⁷

Kokemukseen perustuva kokonaisvaikutelma todistelutilanteesta, olkoon intuitiivinen, ei aina ole helposti edes sanallisin käsittein kuvattavissa, mutta sen olemassaolo ja arvo on tosiasia, jota harva tuomioistuineläytöksen piirissä halunnee kiistää. Uskon, että se sisältää ja tulee luultavasti aina sisältämään jonkin verran ainesta, joka ei käänny sanoiksi tai perusteluiksi, niin paljon kuin perustelujen merkitystä tähdennetäänkin. Aines voi toisaalta tuntua kirjoitetuna niin triviaalilta, ettei sellaista pidetä tarpeellisena kirjoittaa näkyviin, tai toisaalta olla niin kompleksista, ettei ole (esimerkiksi saatavaan hyötyyn nähden, jos tämä voidaan arvioida) mielekäästä käyttää resursseja sen kirjoittamiseen, ja kaikkea siltä väliltä.

Matematiikan hallitsevaa käyttöä vastaan voidaan praktisena ja myös Diesenin esiintuomana argumenttina esittää, että vaikka erilaisia matemaattisluonteisia todistusharkintateorioita on ollut tarjolla vuosikymmeniä, tuomioistuimet eivät käytännön tilanteessa muunna seikkoja lukuarvoiksi, eikä se johdu ajan puutteesta.¹⁴¹⁸ Tämä ei ole vahva tieteellinen vasta-argumentti; tuohan esimerkiksi Eide esille koulutuksen merkityksen. Kun kysymys on kuitenkin käytännön prosessioikeuden osasta, jonka puitteissa tehdään jatkuvasti paljon ratkaisuja, ei tätä argumenttia voi unohtaa.

Jos ajatellaan käytännön oikeuselämää isyys-, DNA- ja sormenjälkitodistelujuttujen ulkopuolella, Bayesin teoreeman ja myös bayesiaanisen ajattelun yleinen ongelma on käsittääkseni siinä, että sitä ei rutiinijutuissa tarvita ja vaikeammissa jutuissa törmätään siihen, että jo lähtöarvot joudutaan ottamaan enemmän tai vähemmän ”ilmasta”; ei ole olemassa, kuten esimerkiksi Anderssonin esimerkissä¹⁴¹⁹ vaimon tappajasta oli, tilastoja, joista voitaisiin muodostella alku-peräistodennäköisyys eli *a priori* -arvo (0.5) ja uuden todisteen todistusvoima (0.7) – tai syyttömyyden lukuarvoa (0.1). Kun mennään juttuihin, joissa tukea

1417 Ks. Lindell 1999, s. 482 kuitenkin selkeästi: ”För trots de bländande beräkningarna är ju exaktheten bara ett sken, ett bländverk, eftersom de värden, som matas in i formlerna, bestäms av bedömarens egen livserfarenhet och intuition.”

1418 Diesen 2015, s. 219–220. – Lindell 1999, s. 482 ei usko, että teoreetikko, joka kaavojen avulla yrittää vakuuttaa tuomarille, miten todistusharkinnan on tapahduttava, kokisi yhtä kovaa kohtaloa kuin Kurt Vonnegutin romaaniolio Zog, joka menetti hyvästä pyrkimyksestään huolimatta päänsä. Ehkä tuomari kuitenkin jäisi epäileväiseksi kommunikaatio-ongelmien vuoksi.

1419 Andersson 2017, s. 176–179.

oikeasti tarvittaisiin, tällaista tukea ei ole. On vaarallista asettaa matemaattisia oletusarvoja ilman perusteita.

Ehkä Bayesin teoreeman kohdalla kuitenkin pitää ainakin pohjoismaissa vielä paikkansa kaksi tiivistettyä päätelmää: Klamin toteamus, ettei tuomari laske, ja Diesenin kiteytys, että jos Bayesin metodi olisi toiminut, nykypäivän tuomarit istuisivat tietokoneen ääressä, jonne he olisivat syöttäneet kyseisen jutun todisteet ja saisivat ulos tulokset, jotka kertoisivat, miten todennäköisesti näyttö todistaa teeman oikeaksi; ”men hittills har ingen visat att detta fungerar”.¹⁴²⁰

Lindell on oikeassa siinä, että matemaattisten teorioiden soveltamisella todistusharkinnasta muodostuu suuresti *teknistetty* ja *vaikeasti lähestyttävä*. Todellisuudessa suuri osa matemaatikoista keskustelee keskenään, ei juristien saati tässä tapauksessa tuomarien kanssa. Sama koskee myös prosessioikeuden professoreja: ne, jotka tuntevat kiinnostusta asiaan, keskustelevat matemaattisista yksityiskohdista useimmiten toisten samanmielisten kanssa – ehkä yksinkertaisesti siksi, että tuomarit eivät tähän keskusteluun pysty osallistumaan. Poikkeuksia on professorikunnassa ollut, kuten Klami, mutta hänkin päätyi toteamaan, että ”tuomarit eivät laske”. Tähän nähden en oikein usko Eiden korostaman koulutuksenkaan merkitykseen.

Voiko tuomioistuimen ratkaisu perustua pelkkään statistiikkaan, tilastoihin perustuvaan todennäköisyysnäyttöön? Tähän olisi mielestäni helppo vastata kieltävästi. Syytetty on joka tapauksessa aina sidottava riittävällä näytöllä konkreettiseen tilanteeseen.

Jos lähdetään tinkimään mainitusta vaatimuksesta, joudutaan samalle kaltevalle pinnalle kuin alkuperäistodennäköisyyteen turvauduttaessa. Alkuperäistodennäköisyyden ongelma on laaja, osin oikeuspoliittinenkin kysymys, eikä se rajoitu yksin matemaattisiin teorioihin. Bayesin teoreeman osalta se tulee kuitenkin muita harkintamalleja havainnollisemmaksi, koska teoreema edellyttää, voidakseen ylipäätään tulla sovelletuksi, jonkinlaisen matemaattisen arvon asettamista alkuperäistodennäköisyydeksi. Tällöin päädytään kysymään syyttömyysolettaman sisältöä ja merkitystä. Ydin on siinä, että jos syyttömyysolettaman katsotaan merkitsevän, että henkilö on täysin syytön niin kauan kuin hänet on katsottu tuomioistuimessa syylliseksi, miten tämän kanssa sopii yhteen, että hänelle asetetaan jo aluksi alkuperäistodennäköisyyttä kuvaava syyllisyys.

Kysymys ei ole retorinen. Jos syyllisyyden alkuperäistodennäköisyydeksi asetetaan o, minkään todisteen todistusvoima ei Bayesia sovellettaessa muuta lopputulosta nollasta. Taas esimerkiksi Dahlmanin edellä olevissa esimerkeissään käyttämä yhden prosentin alkuperäistodennäköisyys on mielestäni täysin illusorinen: se on mukana vain siksi, että saataisiin teoria ”käyntiin”.

¹⁴²⁰ Diesen 2015, s. 219 – 220. Diesen katsoo, että Bayesin teoreema – aivan samoin kuin Ekelöfin todistusarvometodin kaavat – voivat toimia vain peukalosääntöinä tai indikoimassa mahdollisia virhearviointeja.

Olen käsitellyt alkuperäistodennäköisyyden teemaa aikaisemmin erikseen laajalti ja siinä yhteydessä myös Bayesin ongelmaa tältä osin. Tässä viittaen tuohon esitykseeni.

Vielä erään seikan voi käsittääkseni tuoda bayesilaisen mallin kritiikkinä esille. Tilanne tulee näkyviin selvimmin robustiuskysymystä pohdittaessa, mutta se esiintyy säännönmukaisesti silloinkin, kun juttu on laajempi ja näyttöä on paljon. Bayesin teoreema kuvaa tietynlaista pienen jutun ideaalia, jossa kukin todiste syötetään ”myllyyn” siihenastisen näyttötaseen kanssa, ja output on matemaattisesti moitteeton paketti. Entä jos uusi todiste ei suostu olemaan pelkästään siinä roolissa, että se lisää tai vähentää tuon taseen arvolukua? Uusi todiste saattaa kaataa koko myllyn eli osoittaa aiempien todisteiden luoman rakennelman hataraksi. Tällöin koko todistusharkinta joudutaan aloittamaan alusta ja kaikki todisteet ovat pöydällä. Ehkä jokin muu kredentiaali kuin episteminen todennäköisyys osoittautuu uuden todisteiden johdosta väärin arvioiduksi: esimerkiksi sinänsä paikkansapitäväksi ja siis todennäköisyydeltään hyväksi arvioidun todisteiden relevanssi häviää uuden todisteiden johdosta kokonaan, tai uusi todiste sisältää apu- tai todistustositseikkoja, jotka asettavat teoreeman avulla jo punnittujen todisteiden todistusvoimat uuteen valoon. Epäilen, että harkintatilanteesta selvittäisiin kaavan avulla; ainakin laskemisen mielekkyys voisi osoittautua kyseenalaiseksi. Loppujen lopuksi Wigmoren kartat ja aputositseikka -> todistustositseikka -> oikeustositseikka -rakennelmat ovat lähinnä fiktioita, joille useimmiten on tyypillistä yksinkertaistaminen ja helppous – mikä taas käytännön soveltajan kannalta voi olla turhauttavaa ja kehottaa turvautumaan terveeseen järkeen.

9.2.5.6 Bayes ja kuokkavieras

Miten sitten Bayesin teoreeman avulla ratkaistaisiin kuokkavieraan ongelma ja sinisten ja punaisten bussien ongelma?¹⁴²¹ Jos uskoo teorian vastustajiin, ei mitenkään, tai ei ainakaan ilman muun näytön apua. Kuokkavieraan ongelmas-
sa lähtökohta on ongelmaton eli todennäköisyysjakauma on puhtaan tilaston perusteella 0.499/0.501. Satunnaisesti katsomosta vastaajaksi haastetun A:n kohdalla on 0.001:n (eli 501/1000:n) verran todennäköisempää, että hän jätti maksamatta kuin maksoi. Tätä ei ole johdettu Bayesin avulla, ja jos mitään muuta informaatiota ei ole, koko teoreemalla ei ole Martinin mukaan tekemistä jutun kanssa. Ja toisaalta pelkästään tällaisen tilastollisen näytön varassa juttua ei muutenkaan kannattaisi lähteä ajamaan, ainakaan jos on uskomisen Dieseniä (konkreettinen side A:n ja laiminlyönnin väliltä puuttuu) tai Brilmayeriä (kane kaatuu viimeistään directed verdict’iin). Rodeon järjestäjän keino päästä

1421 Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 167 – 173 esittää matemaattisia näkökohtia ratkaisua varten ja niiden pohdintaa.

parempaan lopputulokseen on hankkia vastedes pitävä lipunmyyntiportti, ei nostaa kanteita.

Sinisten ja punaisten bussien ongelmassa asetelma on monivivahteisempi, sillä siinä oletetaan olemassa olevaksi yksi 'konventionaalinen' todiste eli muistikuva tai havainto sinisestä väristä, joten teoriassa teoreeman soveltaminen näyttäisi mahdolliselta. Ongelmia on kuitenkin useampia. Martin osoittaa niistä seuraavia.¹⁴²² Bayesin teoreema edellyttäisi tietoa siitä, mikä arvioitsijan käsityksen eli *a priori* -ennusteen piti olla ennen kuin todiste bussin väristä saatiin tietoon. Tämä tosin ei ole ongelma, jos lähdetään riitajutun *prior odd-sista* 50/50.¹⁴²³ Toiseksi, ei ole riittävästi informaatiota, jotta voitaisiin arvioida *likelihood ratio*: suhde koostuisi toisaalta siitä todennäköisyydestä, että bussi olisi sininen olettaen sen kuuluvan vastaajalle, ja siitä todennäköisyydestä, että bussi olisi sininen olettaen, että se ei kuuluisi vastaajalle. Vaikka tiedetään vastaajayhtiön X omistavan 80 prosenttia tuolla tiellä liikennöivien sinisten bussien kokonaismäärästä, ainakaan kaikissa versioissa ei tiedetä, kuinka paljon busseja kaupungissa kummallakin yhtiöllä on. Lukumäärä vaikuttaa todennäköisyyksiin.¹⁴²⁴ Ratkaisija ei siis tiedä kaikkia relevantteja seikkoja, eikä teoreemaa voi soveltaa.¹⁴²⁵

9.2.6 Shaferin tuki-malli

Kysymys on tavanomaisen todennäköisyysasteikon vaihtoehtojen x ja $ei-x$ komplementaarisuudesta. Amerikkalainen matemaatikko Glenn Shafer loi kolmannen luokan, epätietoisuuden ($ei\ x$ eikä $ei-x$) – joka muistuttaa Ekelöfin todistusarvometodia: ei tiedetä, mitä jäännös on. Shafer esitti epätietoisuuden kuitenkin tarkoituksellisenä olemassa olevana, kolmantena vaihtoehtona. Seuraava esitys perustuu Anderson – Schum – Twiningin kuvaukseen lyhennettynä.¹⁴²⁶

Niistä kolmesta Kolmogorovin todennäköisyysteoreettisesta perusaksioomasta, joihin myös Bayesin teoreema nojautuu, kolmas koski toisistaan riippumattomien todennäköisyyksien yhteenlaskettavuutta. Shafer ei hyväksynyt tätä

¹⁴²² Martin 1988, s. 171.

¹⁴²³ Toisin sanoen siitä, että hypoteesit H_1 ja H_2 ovat lähtökuopissa yhtä todennäköisiä – olettama, joka ei taida aina dispositiivisessa riitajutussakaan pitää paikkaansa.

¹⁴²⁴ Martin 1988, s. 171. Voisi ajatella, että *likelihood ratio* olisi $80\% / 20\%$ (yhtiöt X ja Y), mutta bussien kokonaislukumäärä vaikuttaa seuraavasti: jos kaupungissa on esimerkiksi 100 sinistä ja 300 punaista bussia ja X omistaa sinisistä 80 ja punaisista 280, *likelihood ratio*ksi tulee $(80/360)/(20/40)$ eli $4/9$, ja ennusteeksi *a posteriori* $4/9$, kun ennuste *a priori* on $1/1$. Todennäköisyys, että bussi kuului yhtiölle X , olisi 0.44. Jos taas kaupungissa olisi 100 sinistä ja 100 punaista bussia, ja X omistaisi niistä 80 sinistä ja 20 punaista, *likelihood ratio* olisi $(80/100)/(20/100)$ ja ennuste *a posteriori* $80/20$; siten *a posteriori* -todennäköisyys X :n omistukselle olisi 0.80.

¹⁴²⁵ Tähän ehkä kriitikko voisi huomauttaa, että kantajan asiamies ei ole tehtävänsä tasalla, ellei hanki tietoa lukumäärästä ja kerro niistä oikeudelle. Näin käytännön oikeuselämässä tapahtuisi.

¹⁴²⁶ Andersson – Schum – Twining 2005, s. 253 – 256.

aksioomaa eli niiden uskomusten todennäköisyysarvojen yhteenlaskemista, jotka koskivat ainutkertaisia tapahtumia. Hänen järjestelmässään myös todistelun painoarvon käsite poikkesi tuolle käsitteelle yleensä annetusta merkityksestä.¹⁴²⁷

Shafer katsoo, että yhteenlaskettavuusvaatimus asettaa arvioitsijalle velvollisuuden, jota tämä ei ehkä ole halukas hyväksymään. Konventionaalinen todennäköisyysjärjestelmä edellyttää, että arvioitsijan on aina sidottava kaikki todennäköisyyteen liittyvät uskomuksensa toisensa poissulkeviin ja tyhjentäviin tapahtumiin, eikä hän voi pitää ”takanaan” mitään uskomuksestaan tai jättää sitä sitomatta. Toisin sanoen arvioitsijan on oltava täysin päättäväinen ilmaisessaan uskomuksiaan; todennäköisyysarvioinnit eivät saa heijastaa minkäänlaista päättämättömyyttä. Shaferin lähestymistapa todennäköisyyspäättelyyn tarjoaa mahdollisuuksia siihen, että arvioitsija voi harkitusti pitää ”takanaan” osan todennäköisyyteen liittyviä uskomuksiaan. Toisin sanoen tällä on oikeus olla päättämätön tilanteissa, joissa hän ei osaa ratkaista, mitä jotkut todisteet todellisuudessa merkitsevät.

Shaferin tulkinta näytön todistusvoimasta tai painoarvosta on aivan erilainen kuin yleinen likelihood ratio -tulkinta. Shaferin näkemyksen mukaan näytön painoarvo tarkoittaa sitä *tukea*, jonka tämä näyttö tarjoaa kysymyksessä olevalle väittämälle. Mitä enemmän tukea näyttö tarjoaa jollekin väittämälle, sitä suurempi tämän näytön painoarvo on. Shafer otti käyttöön luvut nollan ja 1.0:n välillä, nämä mukaan luettuina, ilmaistakseen painoarvon tai tuen astetta, mutta hän tekee sen tavalla, joka ei ole yhdenmukainen Kolmogorovin yhteenlaskettavuuden aksiooman kanssa.

Oletetaan, että U = ultimate probandum, että syytetty on syyllinen syytteessä tarkoitettuun rikokseen; silloin $ei-U$ = U :n negatio eli mahdollisuus, että hän ei ole syyllinen. Jos L on todisteen näyttö ja S_L on se tuki, joka on L :n antama tuki, voidaan esittää esimerkkinä (S = tuki eli support, L = letter eli kirjeiden antama, eli siis S_L = tuki ehdolla ”kirjeet”, sekä U = ultima probandum):

S_L :	$\{U\}$	$\{ei-U\}$	$\{U, ei-U\}$
	0.6	0.1	0.3

Arvioitsija uskoo todisteen tukevan syyllisyyttä 0.6:n asteella ja hänen *syyttömyyttään* 0.1:n asteella. Ilmaus $\{U, ei-U\}$ luetaan: syytetty on syyllinen tai syytetty ei ole syyllinen. Arvo $S_L = 0.3$ eli 0.3:n tuki $\{U, ei-U\}$:lle kuvaa sitä arvioitsijan *päättämättömyyden* (*indecision*) astetta sen suhteen, tukevatko kirjeet syytetyn syyllisyyttä vai tukevatko ne hänen syyttömyyttään. Toisin sanoen, tämä on se todistuksellisen tuen aste, S_L :n indikoima, jonka arvioitsija on pidättänyt ”takanaan” tai jota hän ei ole vielä sitonut erityisesti U :hun eikä $ei-U$:hun. $S_L =$

¹⁴²⁷ Anderson – Schum – Twining 2005, s. 253.

0.3:n $\{U, ei-U\}$:n hyväksi indikoivan tuen voi katsoa tukevan astetta, joka voi suosia joko U:ta tai ei-U:ta, mutta kumpaa, sitä ei osata vielä ratkaista.

Tämänhetkiset uskomukset U:sta ja ei-U:sta, jotka perustuvat todisteeseen, eivät ole yhteenlaskettuina 1.0, kuten konventionaalisessa todennäköisyydessä vaaditaan. Bayesin teoreemaa käyttämällä a posteriori -todennäköisyyksien U:lle ja ei-U:lle todisteen L perusteella kuuluisi olla yhteensä 1.0. Arvioitsija voi määrätä tukea S väittämille tai probandoille tavoilla, jotka vastaavat monia yleisiä uskomustiloja. Tämä on yksi Shaferin järjestelmän merkittäviä hyviä puolia. Tässä on esimerkki äärimmäisestä uskonnuksesta, jonka voi ottaa käyttöön käyttämällä Schaferin systeemiä; se sisältää tietämättömyyden (*ignorance*) käsitteen *uskomuksen puutteena* (*lack of belief*).

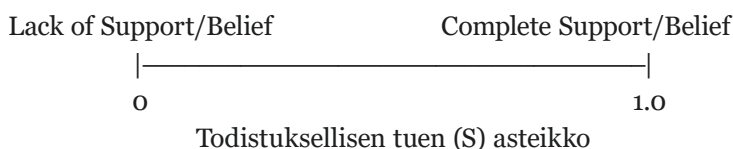
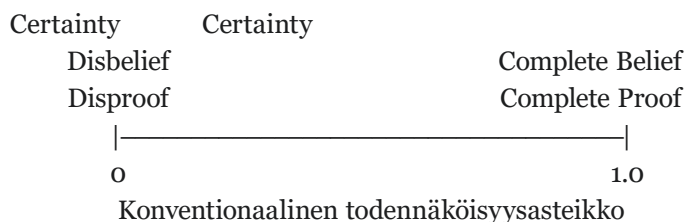
Oletetaan, että arvioitsija todisteeseen perehdyttyäänkin uskoo, että se on niin epäselvä, ettei yksinkertaisesti osaa ratkaista, suosiiko se erityisesti U:ta tai ei-U:ta missään määrin lainkaan. Toisin sanoen arvioitsija ei voi sitoa mitään uskonnustaan erityisesti kumpaankaan näistä mahdollisuuksista. Tässä tapauksessa S_L -määrittäminen on seuraava:

SL:	$\{U\}$	$\{ei-U\}$	$\{U, ei-U\}$
	0	0	1.0

Tämä tuen määrittely tarkoittaa, että arvioitsija on tuolla hetkellä täysin päättämätön koskien sitä, missä määrin todiste tukee joko U:ta tai ei-U:ta spesifisesti, ja näin arvioitsija on täydellisesti pidättänyt kaiken tukensa kummaltakin näistä mahdollisuuksista. Tällä hetkellä hänellä ei ole perusteita sanoa, että tämä todiste erityisesti tukee U:ta tai tukee ei-U:ta.

Seuraus siitä, että yllä olevassa esimerkissä on määrätty $S_L = 0$ sekä U:lle että ei-U:lle erityisesti, käy ilmi verrattaessa Shaferin tukiasteikkoa konventionaalisen todennäköisyysjärjestelmän asteikkoon.¹⁴²⁸ Seuraavat tulkinnat voidaan sijoittaa konventionaalisen todennäköisyysasteikon päätepisteisiin:

1428 Anderson – Schum – Twining 2005, s. 256.



Konventionaalisella todennäköisyysasteikolla arvo 1.0 tarkoittaa sitä, että tapaus sattuu varmasti tai arvioitsijalla on täydellinen uskomus siihen, että tämä tapahtuma sattuu. Todennäköisyysarvo 0 tarkoittaa, että tapaus ei varmasti satu tai että näyttötuomari ei usko siihen, että tapaus sattuisi. Todistuksellisella tukias-
teikolla S:lle on aivan eri merkitys, joka on liittynyt nollapisteeseen. – Merkittävä erottelu konventionaalisten todennäköisyyksien ja Shaferin mallin mukaisen tuen määrittämisen välillä on se, että 0 ei enää edusta epäuskoa (disbelief), vaan uskomuksen puutetta (lack of belief). Konventionaalisessa todennäköisyysjärjes-
telmässä jollekin väittämälle annettu nolla-todennäköisyys tarkoittaa, että tämä väittämä on täysin kuollut; sitä ei voida herättää henkiin millään lisätodistelulla, riippumatta siitä, miten vahvalta tuo todistelu näyttäisi. Toisin sanoen, ei voida sanoa, ettei uskota jotakin väittämää (disbelieve) ja sitten myöhemmin, että se uskotaan. Mutta voidaan sanoa, että uskomisen puute (lack of belief) tarkoittaa jotakin aivan muuta kuin epäusko (disbelief). Uskomisen puutteesta voidaan siirtyä johonkin uskomisen asteeseen, jos todistelu tukee tätä muutosta. Niinpä, väittämät, joille on annettu $S = 0$, eivät ole ikuisesti kuolleita, kuten ne olisivat, jos niille olisi annettu konventionaaliset todennäköisyydet.

Koska Shaferin systeemissä rikotaan konventionaalisen todennäköisyyden aksioomaa, ei voida odottaa Bayesin teoreeman olevan keino tarkistaa ja kor-
jata uskomuksia väittämistä lisänäytön valossa. Shaferin järjestelmässä oleva Dempsterin sääntö sallii yhdistää tuen puolesta puhuvat tekijät, jotka liittyvät erilaisiin todisteisiin tai todistekokonaisuuksiin. Dempsterin sääntö sallii siirtyä lisänäytön valossa uskomuksen puutteesta väitteeseen kohdistuvan uskomuksen johonkin asteeseen.

Itse arvioin kuvatun mallin soveltamista todistusharkintaan seuraavasti. Lähtökohta, että todennäköisyydeltään nollassa arvioitu seikka on ”täysin kuol-
lut” eikä herää henkiin millään lisänäytöllä, liittyy bayesilaiseen ajatteluun, jossa on lähdettävä liikkeelle a priorin olemassaolosta ja siitä, että tämä on nollassa suu-
rempi. Kun nyt tehdään tälle lähtökohdalle ”väkivaltaa”, tarvitaan uusi sääntö.

Sinänsä Shaferin mallin ajatus tietyn todisteen ”takanaan” pitämisestä ei ole erityisen harvinainen; käsittääkseni Ho:n mainitsema ”aidalla istuminen” saattaa tarkoittaa suunnilleen samaa. Kyllä käytännössä voi tulla tilanteita, joissa ei ole lainkaan varmaa edes se, kumman asianosaisen vaatimuksia todistajan kertomus lopulta tukee – ja millaisella voimalla. Toinen asia on, että näyttötuomari tuskin ”pitää takanaan” todistetta luodakseen sopivan lausekkeen tuon todisteen suunnan ja todistusvoiman kuvaajaksi, vaikka hän työntäisikin sen ajatuksissaan vielä odottamaan. Epäilen myös vahvasti väitettä, että (edes matemaattisesti) konventionaalisellakaan harkinnalla näyttötuomarin olisi pakko aina ”sitaa kaikki uskomuksensa” heti toisensa poissulkeviin vaihtoehtoihin – siis että tarkemman ajattelun jälkeen hän ei voisi irrottautua aluksi omaksumastaan uskuksesta. Ajattelua on vaikeata ja hyödytöntä yrittää kahlita tällä tavoin.

9.3 Pohjoismaiset todennäköisyysteoriat

9.3.1 Johdantoa

Pohjoismaisessa todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa on kehitelty vaadittavan ja esitetyn näytön analysointia ja vertaamista eriasteisen todennäköisyyden ja varmuuden käsitteistöllä. Oppisuuntausta voitaneen kutsua kokoaavasti pohjoismaiseksi todennäköisyysteoriaksi. Suuntaukseen voidaan lukea kaksi oppisuuntaa, joiden kannattajat ovat toisinaan olleet hiukan ”sotajalalla” keskenään:¹⁴²⁹ todistusteemateoria tai -metodi ja todistusarvoteoria tai -metodi. Kumpikaan teorioista ei liene missään vaiheessa saavuttanut oikeuskäytännössä laajaa soveltamisalaa.¹⁴³⁰

Yhteisenä nimittäjänä – joskaan ei välttämättä suurimpana – näillä koulu-kunnilla on matematiikan ja frekvenssien hyödyntäminen sekä tässä yhteydessä todennäköisyysasteikon käyttäminen erilaisissa näytön kuvaamistehtävissä. Asteikolla on ollut tapana käyttää lukuarvoja nollasta sataan. Tybjerg lienee ollut ensimmäinen, joka merkitsi näytön todennäköisyyttä luvuilla 100 – 0; 100 tarkoittaa tällöin kaiken epäilyn poissulkevaa astetta.¹⁴³¹

¹⁴²⁹ Strandberg 2012, s. 368 – 369. Hän katsoo, että kun teorioiden kannattajat ovat omaksuneet piirteitä toisensa teorioista, pohjoismainen debatti on aivan loppunut.

¹⁴³⁰ Ks. Kolflaath 2007, s. s. 217. hänen mukaansa kognitiivisen psykologian ja filosofisen tietoteorian ja argumentaatioteorian kehityksen valossa on lähellä tehdä se johtopäätös, että ruotsalais-norjalainen todistusteoria päätyi umpikujaan, koska se keskittyi todennäköisyyteen uskottavuuden sijasta, ja koska se ei nähnyt, ei ollut näkevinään kertomusten roolia näytön harkinnassa. Hän myöntää, että sellaisella tiivistyksellä on jälkivivsauden leima – vasta 1970-luvulla ero todennäköisyyden ja plausibiliteetin välillä tematisoitiin filosofisessa kirjallisuudessa ja vasta 1980-luvulla kertomusten käsite alkoi vakavasti tulla englanninkielisessä juridisessa näytön harkintaa koskevassa kirjallisuudessa esille. Kolflaathin mukaan juridisessa näytön arvioinnissa keskeisin kriteeri totuudelle on uskottavuus, plausibiliteetti pikemmin kuin (matemaattinen) todennäköisyys.

¹⁴³¹ Tybjerg 1904 s. 31. Vrt. Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 30.

9.3.2 Harkintaan dynamiikkaa todennäköisyysasteikkoa hyödyntäen?

Eckhoff toi esiin todennäköisyyksiä kuvaavan asteikon, jossa oli arvot 100 -50/50 -100. Eckhoff huomautti samalla, ettei tuomari käytännöllisesti koskaan voi määrätä lukuarvoilla, miten suuri todennäköisyys väitteellä on. Hän käyttää lukuja, koska se on selvin tapa ilmoittaa todennäköisyyden asteita. Lukuja ei ole tarkoitettu muuhun kuin kuvaamiseen, hän toteaa.¹⁴³² Sekä Bolding että Ekelöf kehittivät edelleen ideaa kuvata näytön todennäköisyyksiä asteikolla ja saada aikaan apuväline tuomioistuimen todistusharkinnan esittämiseksi.¹⁴³³ Bolding esitteli väitöskirjassaan vuonna 1951 kuusikohtaisen asteikon käyttäen sanallisia ilmaisuja.¹⁴³⁴ Asteet asiantilan ei-x paikkansapitävyyden todennäköisyydelle olivat siinä uppenbart – sannolikt – antagligt, ja keskiviivan toisella puolella asiantilalle x asteet olivat vastaavasti samalla jatkumolla antagligt – sannolikt – uppebart. Hän asettaa näyttökynnyksen ja näytön saavutetun vahvuuden kuvaajan asteikolle ja sitoo samalla asteikon toisaalta todistustaakkaan, toisaalta todistusharkintaan näin:

”Alla överbäganden som angå frågan om beviskravet måste utmynna i uppställandet av en (plausibel) regel som yttrar om detta: Vilken grad av sannolikhet *fordras* (*räcker*) för att faktum skall kunna läggas till grund för domen? Och sammanhanget med bevisvärderingen kommer till synes däri, att denna i sin tur måste utmynna i ett ståndpunktstagande till frågan: Vilken grad av sannolikhet *föreligger*?”

Todennäköisyysasteikko on heuristinen apuväline kuvattaessa, millaisia eri näyttökynnyksiä voidaan asettaa ja miten ne suhtautuvat toisiinsa. Näyttökynnyksen paikan kuvaaja on todistustaakkapiste, bevisbördepunkt, ja jutussa suoritetun todistelun näyttöarvon eli todistusvoiman vahvuuden kuvaaja on todistusarvopiste, bevisvärdepunkt. Tässä jaksossa käsittelen todennäköisyysasteikkoa erityisesti todistusteorioiden apuvälineenä.

1432 Eckhoff 1943, s. 11 ja alaviite 3a. – Ehkä tuorein tutkimus tuomarien eri todennäköisyysasteita koskevista käsitksistä on Tomusen 2015; ks. erityisesti s. 43. Vastausprosentti oli kuitenkin ollut 22,3 (ks. s. 20 -21), mitä itse pidän (toisin kuin Tomunen) alhaisena.

1433 On vaikeata saada varmuutta siitä, kuka asteikkoa on eniten kehittänyt. Ehkä tämä ei ole kovin keskeistäkään.

1434 Bolding 1951, s. 156 – 157, 159 ja 170. hän pohtii s. 171 mahdollisia negatiivisia ilmauksia x:n olemassaololle. Sen sijaan, että sanottaisiin että ei-x on oletettava, todennäköinen tai ilmeinen, on mahdollisesti kyettävä ilmaisemaan asia niin, että x on vähemmän oletettava, epätodennäköinen ja poissuljettu. Ensimmäistä ja kolmatta ilmaisua hän ei pidä täysin onnistuneina, ja esittää kiertoilmausta ”...sikäli kuin ei ole ilmeistä, että x ei ole sattunut...” Lisäksi hän pohtii s. 174 – 175, onko käytännössä mahdotonta erottaa kuutta astetta todennäköisyydelle, tai onko joskus mahdollista erottaa vielä enemmän asteita. – Myös Skoghøyn 2017, s. 913, asteikossa on kuusi porrasta (mulig – sannsynlig – godtgjort – klar overvekt – åpenbart – sikkert). – Strandberg 2012, s.338 katsoo, että Skoghøyn esittämä numeroasteikko on ”edustava norjalaiselle todistusteorialle”. Strandberg viittaa kuitenkin Skoghøyn teoksen aikaisempaan painokseen (Skoghøy 2001 s. 674), jossa ei ollut vielä porrasta klar overvekt.

Erityisesti todistusharkinnan lopputuloksen kannalta merkityksellistä on todistustaakka- ja todistusarvopisteiden sijaintien keskinäinen suhde. Asteikon havainnollisuus mahdollistaa siis todistustaakan ja todistusharkinnan kuvaajien graafisen ja selkeän esittämisen ja ongelmien esiintuomisen, sekä yleisesti että todistelutilannekohtaisesti. Niinpä todistustaakan ja näyttövaatimuksen suhteen kuvaaminen käy yksinkertaisesti, kuten esimerkiksi Bolding on osoittanut.¹⁴³⁵

Heuman määrittelee, että todistusarvopiste kuvaa tuomioistuimen todistusharkinnan tulosta sen jälkeen, kun ”domstolen sammanvägt all bevisning för ett rättsfaktum”¹⁴³⁶. Mikään pakko ei ole nähdäkseni kuitenkaan tyytyä staattiseen tilannekatsaukseen, ei edes yksittäisen tosiseikan¹⁴³⁷ osalta, vaan tässäkin voidaan ottaa huomioon prosessin ja todistelun dynaaminen luonne. Todistusarvopiste liikkuu todistelun edetessä. Kuten edellä kävi ilmi, todistustaakkapisteen ei liioin tarvitse olla stabiili, vaan myös se voi liikkua asteikolla – ja myös prosessin kuluessa. Voidaankin mielestäni sanoa, että todistustaakkapisteen ja todistusarvopisteen keskinäinen suhde vastaavasti vaihtelee todistelun aikana ja sitä voidaan tarkastella – ja käytännössä tarkastellaan – todistelutilannekohtaisesti, siis esimerkiksi todistajien kuulustelujen välissä ja vaikka niiden aikaanakin, sillä niin näyttötuomarin kuin asianajajien harkinta on ainakin nopean ajattelun moodissa käynnissä koko ajan. Tällöin kysymys on tavallaan ”pysäytyskuvasta”. Jokainen tuomari ja kokenut asianajaja tuntee sen kärjäsälin tilanteen, jossa tajuaa todistajan juuri lausuneen sellaista, mikä kääntää siihenastisen ”pisteiden suhteen” ylösalaisin. Tämä voi vaikuttaa myös asianosaisten jatkotoimiin: jos-takin näytöstä voidaan ehkä luopua, halukkuus sovintoon voi yllättäen kasvaa tai muuta vastaavaa.

Toinenkin parannusehdotus vakiintuneeseen dogmiin voidaan tehdä. Ekelöf, ja edelleen sitkeästi Heuman, lähtevät siitä, että todennäköisyysasteikkoa pisteineen voidaan soveltaa vain oikeustositseikkoihin eli ultima probandan muodostaviin seikkoihin. Tämä on johdonmukainen seuraus siitä dogmista, että todistustaakkasäännöt koskevat vain oikeustositseikkoja. Dogmin olen edellä kiistänyt – jo sillä yksinkertaisella perusteella, että jos asianosaisella on todistustaakka tietystä (oikeustosi)seikasta ja siis intressi näyttää se toteen, hänen intressissään on myös näyttää toteen tuota seikkaa tukevat, järjestyksessä varhemmat seikat, olkootpa ne todistus- tai aputositseikkoja; vastapuoli ei niitä tule paikkansapitäviksi todistelemaan. Kun näin on, hän kantaa niistä todistustaakan eli haitallisen seurauksen siitä, että seikka jää näyttämättä.

¹⁴³⁵ Bolding 1989, s. 98.

¹⁴³⁶ Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 86.

¹⁴³⁷ Asteikkoa pisteineen voidaan käyttää kokonaistilanteeseen ja lisäksi yhtä hyvin todistus- ja aputositseikkoihin kuin oikeustositseikkoihinkin, mikäli kynnykselle on määriteltävissä paikka, kuten esimerkiksi ’todennäköinen’ eli kynnyks 0,5, tai brd. Vrt. Ekelöf – Boman 1995, s. 57: ”... efter värderingen av den föreliggande bevisningen med avseende på ifrågavarande rättsfaktum” todistusarvopisteen määrittelyssä.

Edellä sanotusta voi päätellä, että todennäköisyysasteikolla voidaan seurata minkä tahansa seikan todistelun vaiheita: näyttövaatimusta ja näytön kertymistä sitä esitettäessä ja lopputilannetta. Jos näin ei olisi asianlaita, mistä syntyisivät ne prosenttiluvut tai muut kvantifioinnit, joita oikeustositseikkojen toteennäyttötulosta arvioitaessa matemaattisissa teorioissa käytetään? Kun todistusasteikan näytön asteikolla on sekä taakka- että arvopiste, on näyttövelvollisen kannalta tavoiteltava tilanne, että arvopiste tavoittaa taakkapisteen eli todistusasteikka tulee näytetyksi. Mutta jos näin ei käy, voidaan soveltaa kuitenkin laskutoimituksia – todistusasteikkojen näyttöarvojen yhteen- tai kertolaskua tilanteen mukaan.

Ekelöf on todistusarvoteorian luoja. Todennäköisyysasteikko ja myös todistusasteikka ja todistusarvopiste heuristisina apuvälineinä sopivat kuitenkin kaikkien niiden teorioiden omaisuudeksi, joissa tärkeällä sijalla on todistusharkinnan lopputulos, sen paikkansapitävyyden todennäköisyys. Asteikon ja pisteiden käyttö ei edellytä sitoutumista mihinkään nimenomaiseen todistusharkintateoriaan. Todennäköisyysasteikko lukuarvoineen on kyllä ”kotonaan” teema- ja todistusarvoteorioiden käsitemaailmoissa, mutta asteikon graafinen esitys on heuristisena apuvälineenä käyttökelpoinen sellaisenaankin.

9.3.3 Todistusteemametodi ja todistusarvometodi

9.3.3.1 Johdantoa ja peruseroja

Edellä todistusteeman määrittelyn yhteydessä toin esiin, että todistusteemalla f voi olla kaksi negatiota, $ei-f$ tai $\sim f$. $Ei-f$ kuvaa tilannetta, josta tiedetään, että f :n vastakohta on voimassa, ja $\sim f$ kuvaa tilannetta, josta tiedetään, että f ei ole voimassa, mutta ei muuta. Vaihtoehdot f ja $ei-f$ ovat toistensa kontradiktoria vastakohtia ja niiden todennäköisyyksien summa on 1.

Sekä teema- että todistusarvometodi käsittelevät sitä, miten todistelussa hankittua tietoa tosiseikoista arvioidaan suhteessa todistusteemaan ja sen vastakohtaan eli faktapremissivaihtoehtoihin.¹⁴³⁸ Kumpikaan ei vastaa kysymykseen, miten todisteen todistusarvo muodostuu tai määrätään. Nämä teoriat lähtevät siitä, miten todisteen ja teeman välinen suhde ulkoisesti kuvataan (ja ovat siinä vastakkaista mieltä), mutta eivät vastaa siihen, miten tuon suhteen sisältö muodostuu. Kummassakaan kysymys ei siis ole itse todisteen paikkansapitävyyden todennäköisyydestä: esimerkiksi todistajankertomuksen paikkansapitävyys tai asiakirjan oikeellisuus on oma kysymyksensä. Tämä paikkansapitävyys

¹⁴³⁸ Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987 s. 26.

on arvioitu ennen kuin todistussuhteeseen on päästy, ja se on osa todisteen näyttöarvoa, vahvuutta. Viime kädessä teorit jättävät sen seikan intuition ratkaistavaksi.¹⁴³⁹

Molemmissa¹⁴⁴⁰ metodeissa tarkastelukulma on atomistinen, yksittäisen tosi-seikan tasolta lähtevä. Tosiseikka voi olla kolmikosta mikä tahansa: esimerkiksi aputosiseikan kohdalla todistussuhdetta sen teemaan voidaan niiden mukaan tarkastella. Molempia metodeita on usein esitelty kiinnittämällä päähuomio yksittäisen todisteen näyttöarvon vaikutukseen, ei niinkään esitettyjen ja punnittujen todisteiden kokonaisarviointiin. Jälkimmäinen tulee kysymykseen molempien metodien pohjalta, onhan ultima probandum tässä suhteessa teema ”siinä missä muutkin”.¹⁴⁴¹

Teema- ja todistusarvometodin keskeinen ero on siis siinä, mihin suuntaan todisteen ja todistusteeman välistä suhdetta eli todistussuhdetta arvioidaan. Teemametodissa arviointi tapahtuu todisteesta teemaan, todistusarvometodissa teemasta todisteeseen. Teemametodin mukaan todiste on *edellytyksenä* teemalle (millä ehdoilla teema pitää paikkansa?), todistusarvometodin mukaan taas kysymys on siitä, millä todennäköisyydellä teema (siinä kuvattu seikka tai tapahtuma) on aiheuttanut todisteena olevan ”*jäljen*” (mikä on kausaaliyhteyden todennäköisyys?) Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa teemametodin mukaista todistelua ja päättelyä saatetaan nimittää termillä *betingelsebevisning*, todistusarvometodin mukaista taas termillä *kausalbevisning* tai *spårbevisning*.¹⁴⁴²

Teemametodin keskeinen kysymyksenasettelu on ”perinteinen”: millä todennäköisyydellä tai näytön vahvuudella todiste E näyttää todistusteeman eli väitetyn seikan f_1 pitävän paikkansa. Teemametodi lähtee siitä, että käsillä on todiste, esimerkiksi jälki, ja kysymys on siitä, missä määrin tai millä todennäköisyydellä tämän todisteen olemassaolo todistaa teeman f_1 oikeaksi, tekee sen todennäköisemmäksi. Päättely suuntautuu siis todisteen sisällöstä teemaan päin. Kysymyksenasettelu ja päättely useissa todistusteorioissa tapahtuvat samassa järjestyksessä kuin teemametodissa, eli kysytään, mikä on teeman T todennäköisyys edellyttäen, että (tai jos) on olemassa todiste E.

1439 Lappalainen 2001, s. 305, lausuu, että nämä teorit ”matemaattisiin frekvenssteorioihin perustuvina tarkastelutapoina kykenevät vain jotenkin kuvaamaan todistusharkintaa ja antamaan tuomarille enintään teoreettisia eväitä todistusharkintatyön jäsentämiseen. *Sen sijaan niiden avulla ei koskaan voida konkreettisesti määrittää todistusharkinnan lopputulosta, koska ne eivät sano mitään yksittäisten todisteiden näyttöarvosta.*” Kursivointi Lappalaisen. – En ole aivan samaa mieltä ensimmäisestä kursivoidusta väittämästä. Jos näyttötuomari on vaikkapa kertomusmallin tai intuitionsa avulla jyvittänyt todistusvoimat esitetyille todisteille, frekventististä teorioista voi olla apua kokonaistuloksen eli ultima probandan todistetuksi tulemistä arvioitaessa. Apua ensin kyllä tarvitaan muualta.

1440 Strandberg 2012, s.388 mainitsee todistusarvometodin esimerkkinä liian pitkälle viedystä atomismista. Moite voitaisiin, jos se olisi paikallaan, käsittääkseni kohdistaa yhtä hyvin teemametodiin.

1441 Ks. Eckhoffin jossakin määrin välittävää kantaa jäljempänä.

1442 Yleisluonnehdinta perustuu Dahlmanin 2018, s. 40 – 42 ja 301 olevaan esitykseen. Hän tosin käyttää tuossa yhteydessä vain sanaa spår. – Termi ”kausalbevisning”, joka on peräisin Ekelöfiltä, kuvaa todistusarvoteoriaa sikäli puutteellisesti, että todistussuhde voi olla myös looginen.

Todistusarvometodi on myöhempi ja sen kehittäminen on liitetty Ekelöfin nimeen¹⁴⁴³. Keskeistä on etsiä vastausta kysymykseen, millä todennäköisyydellä todiste on johtunut todistusteemana olevasta väitetyistä seikasta tai tapahtumasta: esimerkiksi millä todennäköisyydellä pitkät jarrutusjäljet ovat johtuneet (väitetysti) käytetystä suuresta ylinopeudesta, tai toisin sanoen, millä todennäköisyydellä teemana väitetty seikka (esimerkiksi nopeuden liikaasuuruus) on aiheuttanut sen eli on syynä siihen, että jarrutusjäljet ovat sellaiset kuin ovat eli pitkät. Päättely suuntautuu siis teemasta todisteen sisältöön päin.

Erot tulevat esiin myös todennäköisyysasteikolla. Ekelöfin asteikko on kaksisuuntainen¹⁴⁴⁴ ja käsittää sekä sanallisen porrastuksen että matemaattisen asteikon. Matemaattinen asteikko käsittää arvot $1 - 0 - 1$. Asteikko on yksipuolinen, sillä se kuvaa vain teeman x todennäköisyyttä ja epätodennäköisyyttä, eikä kerro x :n vastakohdasta ($ei-x$). Sanallinen porrastus käsitti aluksi neljä astetta 0 -arvon molemmiin puolin: antagligt (oletettava), sannolikt (todennäköinen), visat/styrkt/ (näytetty/vahvistettu), uppenbart (ilmeinen).¹⁴⁴⁵ Viidenneksi ”asteeksi” tuli myöhemmin säkert (varma).¹⁴⁴⁶ Asteikon oikean puolen äärilaita ”varma” eli 1 tarkoittaa olevan täysin varmaa, että seikka, so. sitä koskeva väite, pitää paikkansa, ja vasemman äärilaidan ”varma” taas sitä, että on täysin varmaa, että se ei pidä paikkansa. Nollapiste tarkoittaa, että paikkansapitävyydestä vallitsee ”täydellinen epätietoisuus”: ”det finns inte någon sannolikhetsöverbikt”. Näin on laita, jos seikasta ei ole mitään näyttöä tai jos asianosaisten näytöt täysin kumoavat toisensa.¹⁴⁴⁷

Lindellin mukaan ’antagligt’ vastaa teemametodin mukaan arvoa 60 , ’sannolikt’ arvoa 75 , ’styrkt’ arvoa 85 ja ’uppenbart’ arvoa ainakin 95 . Vastaavat arvot todistusarvoteorian asteikolla ovat Ekelöfin mukaan 0.25 , 0.50 , 0.75 ja 0.90 .¹⁴⁴⁸

Eckhoffin asteikko kuvaa seikan paikkansapitävyyden ja sen ei-paikkansapitävyyden todennäköisyyttä komplementaarisesti: kun toinen kasvaa, toinen

1443 Eckhoff 1988, s. 321; Klami – Sorvettula – Rahikainen 1988, s. 24. Eckhoff mainitsee s. 321 kehittäjinä myös Sören Halldénin ja Anders Steningin. Dahlman 2018, s. 32 mainitsee Klamin (1989) olleen teemametodin kannalla; vrt. Virolainen 1995, s. 43.

1444 Kuten Lindell 2017, s. 629 on tuonut esiin, käytännön soveltamistilanteessa Ekelöfin asteikko antaa kuitenkin vain yksisuuntaisen todennäköisyyden: jos väitteen paikkansapitävyys on näytetty toteen 80 prosentin todennäköisyydellä, sen vastakohdan todennäköisyys on välillä $0 - 20$ prosenttia.

1445 Ekelöf 1977, s. 71.

1446 Ainakin Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 84 – 85. Ruotsissa yleisenä riittävyden ilmaisuna käytetään edellä mainituista kolmannen asteen termiä styrkt, ja Ekelöfin asteikon sen parina ollut alkuperäisempi termi ”visst” on muuttunut myöhemmin muotoon visat. ”Visst” ei ole ollut painovirhe, sillä se esiintyy vuoden 1977 painoksessa johdonmukaisesti, sekä tekstissä s. 71 että korjauslehdessä. Muutos näyttäisi tapahtuneen vuoden 1982 painoksessa, ks. s. 30 -31.

1447 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 84 – 85.

1448 Lindell 2017, s. 629 ja Ekelöf 1977, s. 31. Koska Ekelöfin todistusarvoteorian mukainen asteikko on kaksisuuntainen, mutta kuvaa yksisuuntaista todennäköisyyttä, asteikon arvoilla kuvataan (jos lähtöpiste olisi 0) vasemmalle x :n todennäköisyyttä ja oikealle x :n epätodennäköisyyttä. – Vrt. Strandbakken 2003, s. 370. Hänen mielestään rikosoikeudellista näyttökynnystä ei tulisi ilmaista numeraalisesti, muutoin kuin pedagogissa yhteyksissä.

vähenee, ja niiden summa on aina 1. Arvo 0 kuvaa varmaa paikkansapitämätömyyttä, 1 täydellistä varmuutta. Ekelöfin asteikko ei kuvaa seikan paikkansapitävyyden ja sen ei-paikkansapitävyyden todennäköisyyttä samalla tavoin komplementaarisina. Arvot 1 molemmissa päissä kuvaavat täyttä varmuutta paikkansapitävyydestä ja vastaavasti ei-paikkansapitävyydestä, arvo 0 taas kuvaa täydellistä epävarmuutta.¹⁴⁴⁹ Ekelöf korostaa, ettei siitä, että näyttö tukee väitteen paikkansapitävyyttä $\frac{3}{4}$:n (eli 75 prosentin) vahvuudella, voi päätellä, että väitteen ei-paikkansapitävyyden todennäköisyys olisi 25 prosenttia: jälkimmäiseenkin vyöhykkeeseen voi sisältyä mahdollisuuksia, jotka tukevat paikkansapitävyyttä.¹⁴⁵⁰ Asteikolta, jolle on todistusharkinnassa sijoitettu seikan saavuttamaa todennäköisyyttä kuvaava todistusarvopiste, ei siis voida lukea, mikä on seikan vastakohdan todennäköisyys.

Todistussuhteen vastakkaisuuden ja todennäköisyyskäsitteen erilaisuuden lisäksi kolmantena vedenjakajana teema- ja todistusarvometodin välillä voidaan pitää suhtautumista alkuperäistodennäköisyyden huomioonottamiseen ja merkitykseen.¹⁴⁵¹ Edellisen mukaan teeman alkuperäistodennäköisyys otetaan huomioon vahvemmin kuin jälkimmäisessä.¹⁴⁵² Erot ovat tältä osin ehkä hiukan lieventyneet, sillä myös todistusarvoteorian ajatusmalleja kannattavat tutkijat ovat myöntäneet alkuperäistodennäköisyyden merkityksen ja se on kanavoitu tämän ajattelutavan mukaisissa malleissa esimerkiksi todisteiden arvon kautta: seikaston suuri lähtökohtainen todennäköisyys vaikuttaa todisteen näyttöarvoa ja todistussuhdetta lisäävästi ja päinvastoin.¹⁴⁵³ – Voineeko toisaalta olettaa, että

1449 Ekelöf 1977, s. 71.

1450 Ekelöf 1977, s. 23 – 24 ja 72.

1451 Bolding 1989, s. 78 esittää esimerkkinä teema- ja todistusarvometodin suhtautumistavan erosta ja siitä, miten alkuperäistodennäköisyys otetaan edellisessä huomioon, turkinostoesimerkinsä, jossa turkinostaja, jolta hintaa velottiin, vetosi väittämäänsä 10 vuoden maksuaikaan. Boldingin mukaan alkuperäistodennäköisyys on teemametodin kohdalla se, ettei ole tavallista antaa 10 vuoden maksuaikaa, kun taas todistusarvometodi ei pysty käsittelemään tällaista alkuperäistodennäköisyyttä lainkaan, vaan jättää sen laskusta kokonaan pois. Kysymys todistusarvometodin kohdalla olisi ollut: ”Onko 10 vuoden luotto (teema) aiheuttanut lausuman, että sellainen luotto on annettu (todistusosiasia)? Voiko se seikka, että 10 vuoden luotot ovat epätavallisia, olla jossain aputositseikan roolissa kausaalisuusksymyksen suhteen? ”Tämä vaikuttaa omalaatuiselta päätelytavalta.”, Bolding lausuu.

1452 Virolaisen 1995, s. 43, mielestä todistusarvometodi on asetettava teemametodin edelle ”ainakin siinä suhteessa, että sitä käytettäessä vältetään olettamuksenvaraisilta yleiseen elämäkokemukseen perustuvilta ennakkokäsityksiltä erityisesti silloin, kun vastanäyttöä ei ole tai se on heikkoa”. Kun teemametodi lisäksi rajoittuu ottamaan huomioon vain kulloinkin jutussa esitetyn todistusaineiston, todistusarvometodissa otetaan huomioon esitetyn todistusaineiston rajallisuus ja arvioidaan myös muita ajateltavissa olevia selityksiä ja epävarmuustekijöitä. Näin siis Virolainen. – Bolding 1989, s. 78 teemametodin kannattajana lausuu, että jos esittää näkemyksen, että todistusharkinnassa, ymmärrettynä epämääräiseksi ja hyvin vähän täsmälliseksi todennäköisyyslaskelmaksi, täytyy merkittävässä määrin hyödyntää alkuperäistodennäköisyyttä, ”sä stöter man på patrull hos värdemetoden, alldeles påtagligt.”

1453 Steningin 1975, s. 84 – 85 esimerkkiä soveltaen: Kun on hyvin epätodennäköistä, että Senaatintorilla olisi jääkarhuja, voidaan todistusarvometodin mukaan lähteä siitä, että sellaisen todistajan kertomus, jonka mukaan niitä oli siellä näkynyt, ei kovin suurella todennäköisyydellä todista niiden siellä olemisesta (eikä ehkä kovin paljon muustakaan, sen puoleen).

teemametodin kannattajia alkuperäistodennäköisyyden huomioonottamisessa osaltaan hillitsi Cohenin voimakas kritiikki sitä kohtaan.

Toisaalta, vaikka alkuperäistodennäköisyyden merkitystä on pidetty eräänä teema- ja todistusarvometodin keskeisistä eroista, Lindell on katsonut, että sillä on molemmille suunnilleen yhtä suuri vaikutus: ero on vain siinä, että teemamethodissa se vaikuttaa *teeman* todennäköisyyteen, todistusarvometodissa *to-distustosiseikan näyttöarvoon* teemalle. Tämä liittyy metodien erilaisiin lähtökohtiin: teemametodilla etsitään teeman todennäköisyyttä, kun todistusaineisto on annettu, todistusarvometodilla taas tosiseikan todistusarvoa teemalle, eikä todistusharkinnan lopputulokselle ole hänen mukaansa merkitystä, kummassa vaiheessa alkuperäistodennäköisyys ”lyö läpi”.¹⁴⁵⁴

Neljäntenä erona voitaisiin pitää sitä, että teemametodi ei ota huomioon kysymystä näytön robustiudesta, kun taas todistusarvometodin pyrkimyksenä on ollut ottaa se huomioon.¹⁴⁵⁵ Kuten Strandberg on todistusarvometodin yhteydessä esitettävällä tavalla osoittanut, tämä ei kuitenkaan ole onnistunut ehkä täysin ajatellulla tavalla. Strandberg toteaa nimittäin, että robustiuden ongelma sisältyy *koko Ekelöfin todistusteoriaan*, niin rikos- kuin riita-asioidenkin todisteluun ja niin hänen näyttökynnystä kuin todistusharkintaakin koskeviin oppeihinsa. Robustius on todistusarvometodille olennainen, sillä *se sisältyy Ekelöfin todistusarvo-käsitteeseen*. Tämä johtuu siitä, että Ekelöf ilmaisee todistusarvot todennäköisyysasteina, että todennäköisyysasteet hänen teoriassaan ovat yksipuolisia ja että todennäköisyysasteet ovat yksipuolisia sen vuoksi, että ne ottavat huomioon robustiuden.¹⁴⁵⁶

Lindell tiivistää robustiuteen liittyvän eron toteamuksiin, että teemametodi asettaa olettamaksi esitetyn oikeudenkäyntiaineiston olevan täydellinen ja että todistusarvometodi taas lähtee olettamasta, että selvitys jossakin suhteessa on puutteellinen.¹⁴⁵⁷

9.3.3.2 Teemametodi

Teemametodi, jota on pidetty ”perinteisenä” tapana jäsentää todistelua,¹⁴⁵⁸ pitää ensisijaisena mielenkiinnon kohteena sitä, minkälaisen todennäköisyyden

¹⁴⁵⁴ Lindell 1987, s. 168. Kursivoinnit Lindellin.

¹⁴⁵⁵ Lindell 1987, s. 355 ja 358. Strandbergin, 2012 s. 580, mukaan eräänä kunnianhimoisena pyrkimyksenä oli ratkaista tämä ongelma todistusarvoteorian avulla.

¹⁴⁵⁶ Strandberg 2012, s. 581 ja 583. Kursivoinnit Strandbergin. Kuvaavaa lieenee, että Strandbergin mukaan (s.581 alaviite 2177) ’robusthet’ esiintyy Rättegång IV –teoksen vuoden 1992 painoksessa (Ekelöf – Boman) vain kolme kertaa. – Tähän voi lisätä, että teoksen uusimmassa, neljännessä painoksessa (Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009) robustiutta käsitellään noin kahdella sivulla (187 – 189), ja esitys, joka on Edelstamin, on nähdäkseni ilmiön periaatteelliseen merkitykseen nähden melkoisen pintapuolinen.

¹⁴⁵⁷ Lindell 1987, s. 357. Hän katsoo, että jälkimmäinen oletama on definitiivisesti RB 35:1:n vastainen. Hän rinnastaa tämän oletaman Cohenin induktiivisen teorian *ceteris paribus* -olettaman mahdolliseksi katso-
maansa seuraukseen, että tilanne tuntemattomalta osalta olisi epänormaali.

¹⁴⁵⁸ Jonkka 1991, s. 27.

esitetty todiste antaa todistelun teemasta.¹⁴⁵⁹ Metodi lähtee mainitusta olettamasta, että todistusteeman f ja sen vastakohdan $\neg f$ todennäköisyyksien summa kulloisenkin informaation valossa on 1 eli vaihtoehdot ovat komplementaarisia. Metodi myös tavallaan implikoi sen, että käsillä on ”kaikki” näyttömateriaali, tai selvemmin sanottuna, että käsillä oleva materiaali on ”kaikki” minkä puitteissa näyttötulosta tarkastellaan: mitään f :n tai sen negaation $\neg f$ ulkopuolella olevaa epätietoisuuden aluetta ei jää. Jos siis todistusteeman f todennäköisyyttä pystyttäisiin kuvaamaan luvulla 0,7, tämän metodin mukaan tiedettäisiin, että teeman vastakohdan $\neg f$ todennäköisyys olisi 0,3. Jos todennäköisyyttä merkitään kirjaimella p , teemametodia kuvaa tällöin yhtälö $p(f) = 1 - p(\neg f)$.

Teemametodi lähtee teeman alkuperäistodennäköisyydestä ja vertaa esitetyn näytön vaikutusta siihen. Alkuperäistodennäköisyyttä ja sen huomioon ottamisen sallittavuutta olen käsitellyt edellä. Jos teemametodin mukaan arvioiden lähtötilanne tällöin on se, että molemmat vaihtoehdot x ja sen negaatio $\neg x$ ovat yhtä todennäköisiä, lähtöpisteen kuvaaja todennäköisyysasteikolla on 0.50 eli 50 %:n todennäköisyys molemmille.¹⁴⁶⁰

Teemametodin ehkä merkittävimpiä edustajia keskustelussa ovat olleet Bolding,¹⁴⁶¹ Lindell¹⁴⁶² ja Eckhoff¹⁴⁶³. Viimeksi mainittu näyttäisi kuitenkin olevan jossain määrin ”välittävällä” kannalla, ainakin myöhäisemmässä tuotannossaan.¹⁴⁶⁴

1459 Virolainen 1995, s. 42 – 43; Lappalainen 2001, s. 302 – 305.

1460 Lindell 2017, s. 629, esittää asian käyttämällä ilmaisuja, josta voisi päätellä, että tämä on vakiotilanne: ”Teemametodin mukaan arvo 0 ei ole asteikon keskellä. Sen sijaan siinä on arvo 50 %, koska alkuperäistodennäköisyys lasketaan mukaan. Lähtökohta on silloin, että kantajan ja vastaajan vaihtoehdot ovat yhtä todennäköisiä.” – Näin ei mielestäni voi yleisesti sanoa. Johan alkuperäistodennäköisyyden huomioon ottaminen ”siirtää” todennäköisyyttä jompaankumpaan suuntaan siten, että todistelun alussa vaihtoehdot x ja $\neg x$ eivät *ex hypothesi* ole samanarvoiset. Sitä ne voivat olla, jos alkuperäistodennäköisyyttä ei lainkaan oteta (tai saa ottaa) huomioon. – Ja mikä määräisi, että väitteen alkuperäistodennäköisyys olisi todella täsmälleen 0,5?

1461 Bolding 1989, s. 86. Pidän Boldingin övervikt-periaatetta eräänlaisena teemametodin ”evoluutioversiona” (jotka evoluutioversiona taas mielestäni on Norrgårdin vertaileva metodi).

1462 Lindell, 1987 s. 170, 355 ja 358. Hän esittää s. 150 – 170 ja 357 – 359 runsaasti kritiikkiä todistusarvometodia kohtaan, muun ohella todistusarvometodin (absoluuttista) totuusikäilyksen ja robustisuuden noteeraamisen osalta.

1463 Eckhoff, 1988 s. 322 ja 339.

1464 Eckhoff, 1988, s. 322 huomauttaa, että on toki kannattava asia, että yksittäisten todistusosasioiden näyttöarvo analysoidaan, mutta että todisteiden yhteensovittaminen ja todistustaakkakysymysten pohdinnat tapahtuvat mieluummin teemametodin mukaisesti. – Samalla tavoin 1992 s. 85 – 86. Hän painottaa voimakkaasti kokonaiisharkintaa, ks. 1988 s. 333 – 334, ja katsoo, että joissakin tilanteissa kokonaisarviointiin on luotettava eniten, esimerkiksi kun käsillä olevien todistusfaktojen pohjalta tehdään johtopäätöksiä seikoista, joita ei voida havainnoida välittömästi, kuten ihmisten käsityksistä, näkemyksistä, motiveista tms. Usein voi olla perusteita vastakkaisille johtopäätöksille näistä asiantiloista, sillä jokin käsillä olevista tiedoista viittaa yhteen, toinen toiseen suuntaan. Eckhoff huomauttaa s. 334, että on vahvoja perusteita sille, ettei Steningin tavoin perustauduta yksittäisten todistusosiseikkojen erillisen arvostelun varaan (vaan suoritetaan koko näyttöaineiston kokonaiisharkinta): ei ole perusteita määrittellä yksittäisten todistusosasioiden näyttöarvoa numeerollisesti ja menettää se informaatio, jonka seikkojen välillä vallitseva yhteys, riippuvaisuus antaa. Eckhoff siis s. 334 torjuu Lindellin 1987 s. 246 – 247 tavoin Steningin näkemyksen, jolla tämä erään (alkuaan Boldingin kehittäneen erityisesimerkin pohjalta) perustelee kokonaisarvioinnille kielteistä kantaansa.

9.3.3.3 Todistusarvometodi

Todistusarvometodi, jonka on kehittänyt Ekelöf,¹⁴⁶⁵ tarkastelee todistusteeman todistusarvoa ja sen negaatiota erillään toisistaan; todistusarvo on todennäköisyys sille, että todistusteema, probandum, on aiheuttanut todisteen, probansin.¹⁴⁶⁶ Harkinta tapahtuu siis ”toisin päin” kuin teemametodin mukaan arvioitaessa eli kysymällä, millä todennäköisyydellä todiste aiheutuu (tai loogisesti johtuu) juuri teemastaan.

Kysymys on ensi vaiheessa siis siitä, millä todennäköisyydellä todistusteema (X löi Y:tä nyrkillä leukaan) on aiheuttanut todistajan havaintonaan kertoman seikan (todistaja kertoo nähneensä, että X:n suuntasi kädenliikkeen Y:n leukaa kohti).¹⁴⁶⁷ Toisin päin asia voidaan sanoa kysymällä, millä todennäköisyydellä kädenliike-havainto johtuu siitä nyt väitetystä seikasta, että X oli lyömässä Y:tä. Toisin kuin teemamethodi edellyttää, todistusarvoteorian mukaan teemasta todisteseen on siis oltava yhteys (todistussuhde), joka voi olla kausaalinen tai looginen.¹⁴⁶⁸

Toinen vaihe on itse todistusteeman todennäköisyyden arviointi. Jos voidaan arvioida, että teemassa kuvattu seikka on aiheuttanut todisteen $\frac{3}{4}$:n todennäköisyydellä, todistusarvometodin mukaan voidaan sanoa, että itse todistusteeman todennäköisyys on tuon todisteen perusteella *vähintään* 75 prosenttia. Teema

1465 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam - Heuman. Kehitysvaiheista esimerkiksi Dahlman 2018, s. 26. Lindell 1987, s. 145 alaviitteessä 52 lausuu, että Ekelöf oli ensin teemametodin kannattaja, mutta sitten muutti näkemystään (Lindell viittaa Rättegång IV:n painoksiin 1963 ja 1973). – Lindell 1987, s. 355 katsoo, että todistusarvometodi ja Cohenin todennäköisyyskäsite rakentuvat samojen perusajatusten pohjalle ja mainitsee muun ohella niiden näkemysten, ettei teeman epätodennäköisyydestä tiedetä mitään. Myös arvometodiin voidaan liittää Cohenin induktiivisen todennäköisyyden ”etiketti”. Cohenin normaalisuusolettamaa Lindell ei kuitenkaan tohtinut kuitenkaan siihen liittää.

1466 Määrittelystä esimerkiksi Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 180 -181. Hän käyttää probandumin tilalla oikeustosisiikka-termiä ja probansin tilalla todistustosisiikka-termiä. Kuitenkin ’todistettavana’ voi olla myös todistus- tai aputosisiikka ja ’todistavana’ aputosisiikka.

1467 Todellisuudessa kertomuksen (paikkansapitävyyden) todennäköisyyttä ja näytöarvoa arvioitaessa joudutaan ottamaan huomioon aputosisiikkoina kaikki mahdolliset kertomuksen syntyyn liittyvät virhelähteet eli havainnon mahdollisen virheellisuuden lisäksi mieleenpainamiseen, muistissa säilymiseen (tai säilyttämiseen) ja mieleen palauttamiseen sekä sanoiksi pukemiseen liittyvät seikat. – Näitä yhden todistajankertomuksen luotettavuuden arvioimiseen liittyviä seikkoja Ekelöf 1977, s. 18 ja Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 182 – 185 nimittävät todistusketjuksi (beviskedja) tai sarjatodisteluksi (seriebevis). Kuten edellä olen tuonut esiin, määritelmä on harhaanjohtava. Seikat ovat lähinnä aputosisiikkoja, suodattimia, joiden selityksensä, että ketjun yhteinen todistusarvo voi olla alempi kuin jonkin ketjuun kuuluvan todisteen arvo, pitää paikkansa todistusketjuun nimenomaan tarkoittamassani mielessä. Alaviite ja esitys s. 183 tekstissä tuntuisivat olevan ”eri paria”, sillä kirjoittajan täytynee tässä yhteydessä tarkoittaa todistusketjua *eri* todistustosioiden jatkumona eli merkityksessä, jonka myös he tuovat esiin s. 15 – 22. Minkään teorian mukaan *saman* todisteen todennäköisyyksiä todisteen eri kehitysvaiheissa ei kerrota eikä lasketa yhteen keskenään.

1468 Tirkkonen 1977, s.86 – 87; Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 26 – 27; Lappalainen 2001, s. 302 – 305.

voi olla olemassa 75 prosentin lisäksi ainakin osassa loppuista 25 prosentista tapauksia, vaikka se ei ole (niissä) aiheuttanut todistetta.¹⁴⁶⁹ Metodi ei perustu oletukselle, että teeman ja sen vastakohdan todennäköisyyksien summa olisi 1, vaan se voi jäädä alle sen. Jos teeman f todennäköisyyttä voitaisiin kuvata arvolla 0,75, jäännös 0,25 ei kerro mitään teeman $ei-f$ todennäköisyydestä, vaan on harmaata vyöhykettä, epävarmuutta.¹⁴⁷⁰ Tosin voi olla niin, että myös teemalle $ei-f$ saadaan harkituksi todennäköisyys, olkoon 0,1; tällöin harmaa vyöhyke vastaisi 0,15:n lukuarvoa.¹⁴⁷¹

Esimerkkinä voidaan käyttää Ekelöfin esittämää vangitsemiskäsittelyä.¹⁴⁷² Epäilty vangittiin, mutta paikalla ollut ulkopuolinen piti näyttöä liian heikkona – hän arvioi sen 0.4:ksi ja lisäsi, että epäilty siis vangittiin, vaikka oli suurempi todennäköisyys (övervikt) pitää häntä syyttömänä. Ekelöf myöntää, että vastaavanlaisissa todistelutilanteissa tosin epäilty olisi syyllinen 40 tapauksessa. Mutta jäljelle jäävistä 60 tapauksesta emme tiedä mitään: oletettavasti epäilty on syyllinen myös osassa niistä.¹⁴⁷³ Loogisesta näkökulmasta ei ole Ekelöfin mukaan huomauttamista väitteeseen, että oikeus otti liian suuren riskin vangita viaton, kun se tapahtui näin heikolla näytöllä. Mutta sitä vastoin johtopäätös on väärä, jos väitetään, että epäilty vangittiin vaikka oli olemassa suurempi todennäköisyys hänen syyttömyydestään.

1469 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 196 – 197: noissa 75 tapauksessa syytetyn on täytynyt tehdä pahoinpitely, ”ty har någonting orsakat någon annan, så måste det också själv ha existerat”.

1470 Jonkka 1991, s.37; Linna 1999, s. 348. Tarkkaan ottaen ei ehkä ole järkevää käyttää kieltä niin, että sanotaan tuosta jäännöksestä tiedettävän ”ei-mitään”. Käytännössä tiedonintressi todistelussa kyllä kohdistuu teemapariin $f/ei-f$, mutta usein myös teemapariin $f/-f$. Jos seikkaa f ei näytetä, sen vastakohdan $ei-f$ mukainen asiantila tulee relevantiksi ratkaisun perustana tai jatkoharkinnan pohjana. Toisin sanoen siinä tilanteessa ei operoida harmaalla muiden vaihtoehtojen alueella, vaan väitetyn seikan f vastakohdan alueella. Ehkä asianmukaisempi ilmaisutapa ainakin noita tilanteita silmällä pitäen olisikin sanoa, että todistusarvoteorian mukainen todennäköisyys teemasta antaa vastakohdan todennäköisyydestä informaatiota epävarmuuden vyöhykkeen suuruksella virhemarginaalilla. Vaikka virhemarginaali näyttäisi suureltakin, informaatio on silti olemassa, ja sillä voi nähdäkseni olla melkoinen käytännön merkitys. – Ks. tästä pohdiskelusta Linna 1999, s. 350 alaviite 43. – Ks. myös Jonkka 1991, s. 37 – 38 alaviite 54, toinen kappale, olevaan Ekelöfin 1988, s. 28 ja 34, kannasta, ettei 25 %:n alue kuvaa ”teeman negaation maksimiarvoa, vaan sitä, miten epävarma saatu todistusarvo 75 % on”, ja että ”uusi vastaanäyttö voi tosin johtaa vahvaan -T:n todistusarvoon.” Ekelöf kertoo s. 28, että Shaferin mukaan olisi ehkä parempi ollut 75 %:n kohdalla puhua ”tuen asteeseen perustuvasta uskomuksen asteesta” kuin todennäköisyydestä. Luonnollisesti vastaanäyttö voi vaikuttaa 75 %:n varmuusastetta muuttavasti. Kysymys on myös robustiudesta.

1471 Linna 1999, s. 349 - 350, on hyödyntänyt todistusarvoteorian mukaisessa tarkastelussaan kolmea ”pilaria”, nimittäin teemaa koskevaa todennäköisyyttä, sen vastakohtaa koskevaa todennäköisyyttä ja epävarmuuden vyöhykettä. Tällaisen teemaa ja teemanegaatiota koskevan ”pilarin” sisään hän on lukenut myös vastaanäytön vaikutuksen eli kysymyksessä on siinä pilarissa todistelun ”nettovaikutus”. – Kysymys on siten ymmärtääkseni tiettyyn teemaan kohdistuneen näytön tulosten vertailemisesta ja soveltamisesta keskenään eikä siis enää yksittäisen todisteen näyttöarvon määrittämisestä, kuten yllä tekstissä.

1472 Ekelöf 1982, s. 28 – 29. Alaviitteessä 60 s. 28 on muun ohella seuraava sitaatti vangitsemisen näyttökynnyksestä SOU 1977:50 s. 146: ”För sannolika skäl torde krävas sannolikhetsövervikt, dvs. sannolikheten för att den misstänkte är skyldig till brottet skall vara större än att han är oskyldig”. Vastaavanlaista pohdintaa SOU 1975:95:ssä s. 97. Esimerkki toistuu sanasta sanaan Edelstamilla teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 197 – 198, mutta viittaukset SOU-asiakirjoihin on jätetty pois.

1473 Ekelöf 1982, s. 28 alaviitteessä 61 huomauttaa, että vain yksi prosentti vangituista myöhemmin vapautetaan.

Kun todistusarvoteoria perustuu kysymykselle, millä todennäköisyydellä teema on aiheuttanut todisteen (millä todennäköisyydellä teema, että X on lyönyt Y:tä, on aiheuttanut todistajankertomuksen (oikeastaan todistajan havainnon eli kertomuksen sisällön) ”näin X:n lyövä Y:tä”, olisi kai osuvampaa sanoa, että teema eli todistelun kohteena oleva seikka on juuri tuo kausaalisuhde. Juuri *kausaalisuhteen* todennäköisyys, paikkansapitävyyden aste, on teorian kannalta relevantti lukuarvo. Käsitellessään todennäköisyyden murtolukuja Ekelöf tosin näyttäisi tarkoittavan kausaalisuhteen todennäköisyyden murtolukua.¹⁴⁷⁴ Hän ei aivan samaista kuitenkaan sitä *todistusteeman* (paikkansapitävyyden) todennäköisyyteen: se, että teema on aiheuttanut todisteen $\frac{3}{4}$:n todennäköisyydellä, tarkoittaa, että itse todistusteeman todennäköisyys on vähintään 75 %. Ts. niihin 25 tapaukseen voi sisältyä sellaisia, että todistusteema on olemassa, vaikka se ei ole aiheuttanut todistetta.¹⁴⁷⁵

Vaikka ensi vaiheen arvioinnin kohteena on ”todistussuhde” ja sen todennäköisyys, myös todistusarvoteorian mukaista lienee nimittää varsinaista aineellista propositiota todistusteemaksi. Tässä suhteessa terminologia ei eroa teemametodista tai ylipäättään tavanomaisesta kielenkäytöstä.¹⁴⁷⁶

Alkuperäistodennäköisyydellä on todistusarvometodin mukaan vain toisarvoinen merkitys: se otetaan kyllä todistusarvoja määriteltäessä huomioon, mutta sen vaikutuksen konkreettisten todisteiden arviointiin tulee olla rajoitettu, koska ei ole olemassa mitään kausaaliyhteyttä yleisen informaation ja konkreettisen todistusteeman välillä.¹⁴⁷⁷

1474 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 196 – 197 lausuu, että ”det är ju egentligen av detta (=sannolikheten för själva bevisemat) vi är intresserade och inte av sannolikheten för att temat förorsakat beviset”. Mielestäni lauseen loppu on hiukan hämmästyttävä. Todisteen on tietysti ensin oltava olemassa, jotta sen syntyjä voisi edes ryhtyä tutkimaan. Mutta ymmärtääkseni juuri todistusarvometodi kiinnittää kausaalisuhteeseen paljon huomiota. Todisteet – jälki, kertomuksen sisältö ja vastaavat – ovat kaiketi helpommin käsillä, syysuhde lienee vaikeampi selvittää.

1475 Näin Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 197.

1476 Ks. Ekelöf 1982, s. 25 (”Men vad är det egentligen som bevisats härigenom? Jo, det är att bevisemat – dvs. misshandeln – orsakat iakttagelsen.”)

1477 Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula 1988, s. 25.

Todistusarvometodin kannalla keskustelussa ovat olleet Ekelöfin¹⁴⁷⁸ lisäksi muun muassa Boman¹⁴⁷⁹. Meillä tämän metodin kannattajiksi ovat tunnustautuneet Jonkka,¹⁴⁸⁰ Klami¹⁴⁸¹ sekä Linna,¹⁴⁸² joka on pitänyt sitä ulosottoon liittyvien näyttökysymysten kannalta parempana. Klami on työryhmineen kehitellyt todistusarvoteoriaa eteenpäin.

Linna on verrannut mainittuja metodeita systeemiteorian käsitteistöä hyödyntäen siten, että teemateorian mukaan todennäköisyys arvioidaan ikään kuin suljetussa informaatiosteemissä, jossa koossa oleva selvitys muodostaa harkinnan universumin, summan ollessa aina 1. Todistusarvoteoriassa taas näyttää arvioidaan avoimessa informaatiosteemissä, ja malli ottaa siis huomioon myös sen mahdollisuuden, että kaikki relevantti tietoaaines ei ole koossa.¹⁴⁸³

Lindell on kritisoinut todistusarvoteoriaa muun ohella siitä, että se herättää epäilyksiä teoreettisista lähtökohdista tarkasteltaessa: ”miten voidaan väittää, että teeman todennäköisyydellä on määrätty arvo, kun samalla sen negatio on epävarma; epävarmuudenhan täytyy olla olemassa *molempiin suuntiin*. Tuomalla mukaan kolmannen vaihtoehdon todistusarvometodi tekee vaikeaksi tehdä päätöksiä, varsinkin jutuissa, joissa ollaan kahden vaiheilla. Tämä käytännöllinen näkökohta teemametodin hyväksi toteutuu luonnollisesti erityisen voimakkaasti tuomioistuimissa, jossa päätös *täytyy* tehdä, usein epävarmuuden vallitessa.”¹⁴⁸⁴

1478 Ekelöf, siirtyessään teemametodista todistusarvometodiin (ks. edellä alaviite 153 ja Lindell 1987, s. 145 alaviite 52), ryhtyi käyttämään asteikon 0-100 sijasta kahta asteikkoa, toista teeman puolesta puhuvalle näytölle ja toista sen vastanäytölle; minkä Eckhoff, 1988 s. 338, katsoo olevan välttämätön seuraus siitä näytön ja vastanäytön erottelusta, jolle todistusarvometodi pohjautuu. Ekelöf on yhdistänyt asteikot samalle janalle niin, että nollapiste on keskellä. Eckhoff, 1988 s. 338-9, huomauttaa, että näin voidaan kyllä tehdä, mutta kun on olemassa näyttöä ja sen vastanäyttöä, kummankin vahvuus on ilmoitettava erikseen, ja tällöin saadaan kaksi todistusarvopistettä, ei vain yksi, kuten Ekelöf näyttää (s. 77 alkaen) Eckhoffin mukaan edellyttävän. Tästä aiheutuu tiettyjä ongelmia. Toinen näistä ongelmista liittyy suoranaisesti övervikt-periaatteen soveltamistilanteisiin; sitä selostan jäljempänä kohdassa ”Eckhoffin ongelma I”. Toinen ongelma liittyy sekin jos-sain määrin övervikt-periaatteeseen, mutta on hiukan laajempi. Se koskee tilannetta, jossa näyttövelvolliselle asetettava näytön vahvuuden vaatimus kyllä täyttyy, mutta näyttö on silti heikompaa kuin vastanäyttö. Tämä sivuaa oikeastaan sitä kysymystä, jota jäljempänä övervikt-jakson alussa kutsutaan övervikt-periaatteen yleispätevyyden ”kohtalonkysymykseksi.” Sitä selostetaan siinä yhteydessä (”Eckhoffin ongelma II”). – Ekelöfin kannanmuutoksesta Timonen 1988 s. 353 – 356 vertaillen Rättegång IV -teoksen ensimmäistä (1963) ja viidettä (1982) painosta.

1479 Boman 1990, s. 114 (... och på sladden min ringhet”).

1480 Jonkka, 1991, s. 49 pitää todistusarvometodia ”hyvänä arvioinnin lähtökohtana”, mutta ei halunnut tuossa vaiheessa lyödä kantaansa lukkoon.

1481 Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula 1988 s. 24: ”ett verkligt framsteg i den juridiska bevisteorin”.

1482 Linna 1999, s. 349. Hän toteaa, että korostaessaan epävarmuuden merkitystä malli kuvaa hyvin ulosotto-oikeudellista todisteluympäristöä. Ulosottomenettelyyn on tavallaan rakennettu sisään oletus siitä, että ulosotossa saatava selvitys saattaa jäädä puutteelliseksi. Ulosottomenettelystä virallistoimintoisena ja periaatteessa rajoittamatta ja legitiimisti aineellista oikeutta tavoittelevana puuttuvat ne syyt, jotka tekevät teemateoriasta dispositiivisissa riita-asioissa käyttökelpoisen mallin.

1483 Linna 1999, s. 348.

1484 Lindell 2017, s. 630. Kursivointi Lindellin.

Palaan todennäköisyysasteikon yhteydessä selostettuun Lindellin esimerkkiin vastaanäytöstä velkomuskanteessa. Tilanne oli se, että velan maksetuksi tulemisen todennäköisyys oli asteikolla 60 %, ja vastaanäytön arvo jaettiin todistusarvoteorian mukaan niin, että 10 % siitä todisti velan maksua vastaan ja 30 % ei todistanut sen hyväksi eikä sitä vastaan.¹⁴⁸⁵ Kun ”parametrit” ovat nämä, Lindell osoittaa, että lopputulos on erilainen riippuen siitä, sovelletaanko teema- vai todistusarvometodia. Jos näyttövaatimus on ”styrkt”, joka vastaa todistusarvoteorian mukaan noin 75 %:a, kynnys ei ylitä. Teemamethodin mukaan 15 % loppuarvosta voidaan lukea ei-A:n todennäköisyyden hyväksi, joka olisi silloin yhteensä 25 %, ja loput eli 15 % lukea A:n todennäköisyyden hyväksi, joka olisi siten 75 %. Se, jolla on todistustaakka, häviäisi jutun todistusarvometodin mukaan, mutta voittaisi sen todistusteemamethodin mukaan. Lindell varoittaakin, että todistusarvoteoria on vain suositus, ei kuvaus käytännöstä, ja ettei ole mitään vahvistusta sille, että tuomioistuimet noudattaisivat sitä.¹⁴⁸⁶

Huomiota ja kritiikkiä on saanut osakseen myös todistusarvometodin edellyttämä suhde (todistussuhde) todisteen ja teeman välillä ja erityisesti siihen ainakin alun perin liittynyt *kausaalisuuden vaatimus*. Erityisesti Ekelöfin käsitys kausaalisuuden luonteesta on ollut tutkimuksen kohteena.¹⁴⁸⁷ Ekelöf itsekin myöntää, että vetoapua tarvitaan erityistilanteissa.¹⁴⁸⁸

Zahle on todistusarvoteorian kritiikissään tuonut esiin, ettei ole selvitetty, minkälainen kausaalisuuden tai loogisen yhteyden todisteen ja teeman välillä tulee olla. Hänen mielestään myös itse todistusarvon käsite on määrittelemätön tai epätydyttävästi määritelty.¹⁴⁸⁹

Strandberg käyttää todistusarvoteoriaa esimerkkinä liian pitkälle viedystä atomismisesta todistusharkinnasta. Hän siteeraa Ekelöfin esitystä, jossa tämä opastaa selvittämään todisteketjussa jokaisen lenkin aputosisekoineen ja kokemussääntöineen, ja etenemään näin jokaisen todistustosisaikan kohdalla.¹⁴⁹⁰ Strandberg katsoo, että ”jos tämä on tarkoitettu tuomarin noudatettavaksi *metodiksi*”, liian pitkälle ositetut, jokaiseen todistustosisikkaan ja niihin kuuluiin aputosisekkoihin kohdistuvat arvioinnit käyvät epärealistisiksi, sekä sen vuoksi, että ne ylittävät jokaisen ihmisen kognitiivisen kompetenssin, että sen vuoksi, että lienee liian aikaa ja resursseja vaativaa kerätä esille kaikki sellaiset

¹⁴⁸⁵ Näin Lindell 2017, s. 630.

¹⁴⁸⁶ Lindell 2017, s. 630.

¹⁴⁸⁷ Lainpelto 2012, s. 86 -87 ja 96 – 97.

¹⁴⁸⁸ Ekelöf – Boman 1992 (1995), s. 160 (rakenteellinen näyttö). Ks. myös Lainpelto 2012, s. 87.

¹⁴⁸⁹ Zahle 1988, s. 183 – 184. Hän huomauttaa myös siitä, että Kaplanin 1968 päätöksentekomalli, jonka mukaan näyttövaatimus (-kynnys) määrätään punnitsemalla vastakkain tietynsisältöisen virheellisen tuomion vahinkovaiikutusta vastakkaisensisältöiseen virheelliseen tuomioon, soveltuu yksinkertaisuudessaan helpoimmin yhdistettäväksi teemamethodiin, olkoonkin että se on kehitetty pitämättä silmällä näistä metodeista käytyä keskustelua.

¹⁴⁹⁰ Ekelöf – Boman 1992, s. 131.

suhteet jutun kaikkien todistus- ja aputosiasioden välillä. Jos se sitä vastoin on tarkoitettu puhtaaksi todistusarvoteoriaksi, vaikuttaa kohtuuttomalta, että todistustilanteen todistusarvot tulisi voida *reduoida* atomistisiksi suhteiksi sisäisesti yksittäistodisteiden sisällä ja niiden välillä.¹⁴⁹¹

Rohkenen olla hiukan eri mieltä Strandbergin kanssa oikeastaan hänen molemista perusteluistaan. Ne varmaan pitävät paikkansa hyvin laajassa jutussa, jossa on paljon vaikeasti tulkittavia todisteita, paljon todistustosiseikkoja ja paljon hankalia aputosiseikkoja. Kuitenkin suurin osa jutuista on kohtuullisesti hallittavia: jos todisteen uskottavuutta ylipäättään varjostaa tai vahvistaa jokin aputosiseikka, ei näitä ole käytännössä leegiota, eikä sen yhdenkään seikan ja sen vaikutuksen arvioiminen yleensä ”ylitä kognitiivista kompetenssia”. Päinvastoin, juuri atomismi on tuossa relaatioissa selventävää ja pakottaa suorittamaan nimenomaisen harkinnan. Todistusarvo perustuu tällöin sille eikä epämääräisemmälle holistiselle ”tuntumalle”. Harkinta ei myöskään vaadi erityisiä lisäresursseja; aikaa se voi vaatia ”tuntuma-arviota” enemmän, mutta käytetty aika tuottaa luotettavamman johtopäätöksen. Jos erityisesti selvitettävä aputosiseikka tuodaan esiin tai käy muuten ilmi, ei näyttötuomari siitä selviä holistisellakaan asenteella muuten kuin käymällä se läpi.

Näytön kattavuus eli robustius on todistusarvometodille olennainen käsite, koska se, kuten Strandberg on tuonut esiin, *sisältyy Ekelöfin todistusarvokäsitteeseen*.¹⁴⁹² Strandberg on kiteyttänyt kolme seikkaa, joihin tämä perustuu: Ekelöf ilmaisee todistusarvot todennäköisyysasteina, todennäköisyysasteet hänen teoriassaan ovat yksipuolisia ja todennäköisyysasteet ovat yksipuolisia siitä syystä, että ne ottavat huomioon robustiuden.¹⁴⁹³ Tarkemmin Strandberg perustelee näkemystään seuraavasti.

Todennäköisyysasteikon yksipuolisuus merkitsee, että se ei perustu perinteisen todennäköisyysteorian negaatioperiaatteelle eli $x:n$ ja sen vastakohtan $ei-x:n$ summa ei tarvitse olla komplementaarisesti 1. Jos $x:n$ todennäköisyys on 75 prosenttia, $ei-x:n$ todennäköisyys on 25 prosenttia teemametodin mukaan mutta ei todistusarvometodin mukaan: nuo 25 prosenttia ovat vain epävarmuutta $x:stä$. Sen vuoksi todistusarvometodissa ei voi käyttää $x:n$ tyydyttävän todennäköisyysasteen ilmausta päättelyn pohjana $ei-x:n$ tyydyttävän todennäköisyysasteen ilmaukselle. Vain siinä tapauksessa, että $x:n$ todennäköisyys on 100 prosenttia, $ei-x:n$ todennäköisyysaste voidaan ilmaista tyydyttävästi ja se on 0. Selityksenä tälle ei-komplementaarisuudelle

1491 Strandberg 2012, s. 388. Kursivoinnit Strandbergin.

1492 Sen tueksi, että väite pitää paikkansa myös yksittäisen tosiseikan tasolla (eli atomistisesti), Strandberg 2012, s. 583 alaviitteessä 218g viittaa Ekelöf – Bomanin 1992, s.134, jossa esitetään, että myös negatiivisen aputosiseikan esittäminen lisää robustiutta, vaikka se voi vähentää todistusarvoa: se voi tehdä johtopäätöksen varmemmaksi.

1493 Strandberg 2012, s. 581. Kursivoinnit Strandbergin..

on, että asteikon yksipuolisuus aiheuttaa sen, että todennäköisyys vaihtelee robustiuden mukaan: $x:n$ todennäköisyysasteen ilmaus implikoi robustiusasteen ilmauksen. Yksipuolisessa todennäköisyyskäsitteessä ovat robustius ja todennäköisyys yhdistyneinä yhdeksi suureeksi, jota ilmaistaan, käsitellään ja arvioidaan yhden ja saman kriteerin avulla.¹⁴⁹⁴

Sama kriteeri, joka ilmaisee näyttökynnyksen, asettaa samaa käsitettä käyttäen vaatimuksen sekä todennäköisyydelle että robustiudelle. Näiden dimensioiden käsittely tapahtuu per definitionem yhdessä, sillä todennäköisyyden käsite on määritelty niin, että robustius implikoidaan todennäköisyysasteessa. Tämän todennäköisyyskäsitteen mukainen näyttökynnys sisältää siten myös robustiutta koskevan kynnyksen. *Robustiutta ja todennäköisyyttä arvioidaan samalla mittakepillä (målestokk)* eli yksipuolisella todennäköisyysasteikolla. Strandberg todistaa tämän ”realiteetin” paikkansapitävyyden seuraavasti:

”Todennäköisyysasteikon nollapiste ja huippupiste edellyttävät maksimaalista ja/tai minimaalista robustiutta: huippupiste tarkoittaa $x:n$ täydellistä varmuutta eli sitä, että sekä robustius että todennäköisyys ovat maksimaalisia. Maksimaalinen robustius on käsillä silloin, kun kaikki relevantit todisteet on esitetty ja arvioitu kaikkien relevanttien apotosiseikkojen mukaisesti ja kaikkien relevanttien kokemussääntöjen avulla. Maksimaalinen todennäköisyys on käsillä silloin, kun kaikki todisteet viittaavat $x:n$ suuntaan. Lisäksi kaikkien relevanttien apotosiseikkojen ja kokemussääntöjen tulee viitata siihen, että todisteet osoittavat $x:ään$, kaikilla todisteilla on oltava yksiselitteinen suunta. Vasta silloin on olemassa täysin varmuus $x:stä$. Kun huippupiste kuvaa täydellistä varmuutta, nollapiste kuvaa sekä täydellistä varmuutta että täydellistä epävarmuutta. Nollapiste symbolisoi joko robustiuden kokonaan puuttumista (täydellinen todisteiden puute) tai maksimaalista robustiutta ja ei-mitään todennäköisyyttä (että x on varmuudella kumottu vastanäytöllä). Se, että $x:n$ todennäköisyys on nolla, kuvaa siten sitä, että mitään relevantteja todisteita ei ole esitetty tai että kaikki relevantit todisteet on esitetty ja että kaikki relevantit todisteet, apotosiseikat ja kokemussäännöt viittaavat ei- $x:ään$.”¹⁴⁹⁵

Strandberg toteaa, että se, että yksipuolinen todennäköisyyskäsite sisältää robustiuden, merkitsee, että asianosaisten faktaväitteiden kesken ei todistusarvometodin mukaan aina ole jaettavissa 100 prosentin näyttöarvoa. Tämä koskee sitäkin tilannetta, jossa asianosaisten faktaväitteet sisältävät kaikki mahdolliset tavat, jotka arvolla voi olla, so. kun x ja ei- x ovat toisiaan vastassa. Robustiuden sisältyminen todennäköisyysasteeseen merkitsee ensinnäkin sitä, että todennäköisyys aina ennen

1494 Strandberg 2012, s. 581 – 582.

1495 Strandberg 2012, s. 582.

todistelumenettelyn alkamista on 0 sekä x :lle että $ei-x$:lle.¹⁴⁹⁶ Täydellinen robustiuden puute merkitsee siis täydellistä yksipuolisen todennäköisyyden puutetta, ja sen vuoksi puhdas alkuperäistodennäköisyys x :lle tai $ei-x$:lle on todistusarvoteorian mukaan joko irrelevantti tai relevantti vain erityisten olosuhteiden vallitessa ja toistuvasti alhaisella todistusarvolla.¹⁴⁹⁷ Toiseksi, tämä alhainen robustius heijastuu x :n todennäköisyysasteeseen. Todisteiden puute johtaa usein siihen, että x :n todennäköisyysaste muodostuu alemmaksi, se antaa joka tapauksessa korkeamman jäännösarvon¹⁴⁹⁸ x :n ja $ei-x$:n todennäköisyyksien välillä ja maksimaalisen todennäköisyysasteen. Kasvanut robustius aiheuttaa luultavasti, että tulee enemmän todistusarvoa jaettavaksi x :n ja $ei-x$:n kesken. Uudet relevantit todisteet kasvattavat siten väistämättä x :n ja $ei-x$:n yhteistä todennäköisyyttä, toisin sanoen itse jäännösarvo vähenee.¹⁴⁹⁹

Vaikka Ekelöfin todistusarvokäsite siis on yksipuolinen ja samalla ottaa huomioon robustiuden, ei Strandbergin mukaan ole sanottua, että se on pitävä ratkaisu robustiuden ongelmaan. Hän toteaa, että yksipuolinen todennäköisyyskäsite voidaan kyllä irrottaa eräistä muista todistusarvoteorian ongelmallisista puolista. Yksipuolisen todennäköisyyskäsitteen käyttämiselle ei välttämätön ole tuon teorian mukainen todistusarvon kriteeri, todistusteeman ja todisteen välinen kausaalisuuskriteeri. Sen vuoksi pitäisi olla mahdollista irrottaa robustiuden ratkaisu ongelmista, joita syy-yhteyksikriteeri toisinaan tuottaa, ja siitä jonkin verran ahtaasta tarkastelukulmasta, jonka se antaa todistusharkintaa kohtaan. Tämä ei tee välttämättä tätä ratkaisua hyväksi.¹⁵⁰⁰

Periaatteellisin väite tätä oppia vastaan on, että robustiuden ja todennäköisyyden käsittely yhdessä johtaa siihen, ettei oikeastaan kumpikaan niistä tule asianmukaisesti käsitellyksi. On heikkous, kun todistusarvoteorian mukaisen todistusharkinnan ei tarvitse tämentää faktaväitteen robustiuden eikä todennäköisyyden asteita, vaan sen sijaan saadaan asteita mittakepin mukaan, joka mittaa niitä samalla asteikolla. Jos todistusarvoteorian mukainen todistusharkinta osoittaa, että näyttökynnys ei ole ylittynyt, ei voi ilman muuta sanoa, johtuuko tämä robustiuden vai todennäköisyyden

1496 Alkuperäistodennäköisyys todistusteemalle todistusarvoteorian mukaan on nolla tai minimaalinen.

1497 Strandberg viittaa tässä Ekelöf – Bomaniin [1992] sivuille 129 – 131, joilla tekijät käsittelevät kahdenlaista alkuperäistodennäköisyyttä, juttukohtaista ja yleistä frekventististä alkuperäistodennäköisyyttä: toisin sanoen sitä, 1) miten ”alkuperäistodennäköinen” on, että jutun todiste E on aiheutunut juuri tapahtumasta T , ja 2) miten todennäköistä on, että todisteena E nyt oleva ilmiö yleensä, frekventistisen kokemuksensa mukaan, aiheutuu tapahtuman T sattumisesta. Nämä ovat eri asioita ja alkuperäistodennäköisyydestä puhuttaessa ei niitä kuitenkaan ehkä täysin erotella, koska päähuomio on siinä, voiko näyttötuomari johtaa 2):sta suoraan 1):n ja lähteä tästä alkuperäistodennäköisyydestä ennen näyttöä. Kun sanotaan, että todistusarvoteoria ei ota huomioon alkuperäistodennäköisyyttä tai ottaa sen vain harvoin ja alhaisena, tarkoitetaan juuri näiden kahden yhdistämistä.

1498 Käsittääkseni ne 25 prosenttia.

1499 Strandberg 2012, s. 582 – 583. Hän toteaa tämänkin osoittavan, miten Ekelöfin todistusarvokäsite on yksipuolinen ja samalla ottaa huomioon robustiuden.

1500 Strandberg 2012, s. 583.

puutteellisuudesta. Se, että x :ää ei ole asetettu oikeustositseikkana pohjaksi, voi johtua joko siitä, että on esitetty liian harvoja todisteita tai että liian monet todisteet puhuvat ei- x :n puolesta. Ekelöfin nollapisteellä on monta merkitystä: se voi kuvata robustiuden puutetta, todennäköisyyden puutetta tai molempia. Sama koskee asteikon kaikkia muita kohtia, huippukohtaa lukuun ottamatta. Asteikolle sijoittaminen ei kerro syytä puuttuvaan varmuuteen.¹⁵⁰¹

Toinen yhdessä käsittelyn ongelma on se, että yksipuolinen todennäköisyyskäsite päätyy ongelmiin käsiteltäessä uusia relevantteja, ei- x :ää tukevia todisteita. Ekelöf korostaa jokaisen uuden relevantin todisteen kasvattavan robustiutta ja siten johtopäätöksen varmuutta, riippumatta siitä, mihin suuntaan todiste viittaa. Sellaisen todisteen *tehon* (*effekt*) osoittamisessa voi kuitenkin tulla ongelmia. Uusi relevantti todiste ei välttämättä muuta yksipuolista todennäköisyysastetta: kun yksipuolinen todennäköisyysaste käsittelee robustiutta ja todennäköisyyttä yhtenä suureena, voi sattua, että todiste, joka tukee ei- x :ää – ja siten on ilmeisen relevantti – ei muuta todennäköisyysastetta, sillä negatiivinen vaikutus x :n todennäköisyyteen painaa yhtä paljon kuin todiste lisää robustiutta. Ei- x :ää tukeva uusi todiste aiheuttaa sen, että epätietoisuus ja sen mukana jäännösarvot alenevat. Tällöin voi robustiuteen kohdistuva positiivinen vaikutus tasoittaa x :n vähentyneen todennäköisyyden, niin että yksipuolinen todennäköisyys x :lle on sama ennen ja jälkeen uuden todisteen esittämisen. Tämä malli ei tuollaisessa tilanteessa tuo esiin kumpaakaan dimensiota.¹⁵⁰²

Strandberg huomauttaa, että joskin Ekelöfin tarkoitus vastaa Keynesin teoriaa, hänen ratkaisunsa sotivat Keynesin 'painon' ja todennäköisen välillä tekemää erottelua vastaan. Yksipuolinen todennäköisyyskäsite sotii samalla perustavanlaatuista tietoteoriaa vastaan. Tämä havaitaan myös Ekelöfin muissa elementeissä: yksipuolinen todennäköisyyskäsite ei tuo esille, että robustius – toisin kuin todennäköisyys – noudattaa yhtäläisyyssääntöä: jos robustius on heikkoa x :lle, se on yhtä heikkoa ei- x :lle. Näyttää erikoiselta, jos alhainen robustius poikkeuksesta tuo mukanaan alhaisen yksipuolisen todennäköisyyden x :lle ja näin aiheuttaa sen, että x :n todennäköisyys ei ylitä näyttökynnystä. Tämä väite, että kaikki robustiuden puutteet rasittavat päätodistusteemaa x , on erityisen ongelmallinen, kun todisteiden puute johtuu asianosaisen toiminnasta. Heikkoutta lisää se, että todistusarvoteorian mukaan *koko robustiuden puutteen tulee raskauttaa juuri todistustaakoitettua asianosaista*,¹⁵⁰³

1501 Strandberg 2012, s. 583 – 584. Strandberg viittaa Ekelöf – Bomaniin 1992, s. 57 – 58, ja käyttää havainnollistamiseen näiden esimerkkiä tilanteesta, kun todistusarvopiste osuu Ekelöfin asteikolla nollaan.

1502 Strandberg 2012, s. 584 – 585. Kursivointi Strandbergin.

1503 Strandberg 2012, s. 585 viittaa alaviitteessä 2195 tässä Ekelöf – Bomaniin 1992 s. 60, jonka mukaan joskus on sanottu, että todistustaakan oleminen yhdellä asianosaisella tarkoittaa, että tämä kantaa riskin siitä, että seikan olemassaoloa ei voida selvittää. Tuon kirjan mukaan sanotaan, että riski on jaettu asianosaisten kesken, mutta ei Strandbergin mielestä huomata, että Ekelöfin metodi jakaa vain todennäköisyyttä koskevan riskin; robustiuden puutetta koskeva riski on asetettu yksinomaisesti todistustaakoitettulle asianosaiselle.

huolimatta siitä, että tämä asianosainen ei aina ole voinut torjua tätä puutetta. Tietoteoreettisen ongelmallisuuden lisäksi mallia voidaan sen vuoksi kritisoida siitä, että se on orientoitunut liiaksi tietoteoreettisesti – sen kustannuksella, että robustiuden ongelmaan tarvitaan moraaliin ankkuroitu ratkaisu. Yksipuolinen todennäköisyyskäsite ei noteeraa todistelukäyttäytymistä, vaan pelkästään sen vaikutukset. Yksisuuntainen todennäköisyyskäsite sopii ehkä parhaiten rikosjuttuihin, joissa syyttäjän objektiivisuusvelvollisuus ja syytetyn vaitiolo-oikeus aiheuttavat sen, että robustiuden puutteesta voi joutua kärsimään syyttäjä, vaikka syytetty olisi lähinnä sitä torjumaan. Mutta riitajutuissa yksipuolinen todennäköisyyskäsite aiheuttaa liian vahvan riippuvuuden robustiuden puutteen ja todistustaakan asettamisen välille.¹⁵⁰⁴ Kun Ekelöf lisäksi väittää, että todistustaakan sijoittaminen ei riipu siitä, kumpi asianosainen helpommin voisi torjua epätietoisuuden tosiseikoista konkreettisessa tilanteessa, robustiuden käsittely muodostuu sattumanvaraiseksi. Yksisuuntaista todennäköisyyskäsitettä soveltamalla menetetään se moraalinen ankkurointi, joka sisältyy siihen, että epätietoisuuden annetaan osua siihen, joka voisi torjua sen. Näyttökynnyksestä tulee helposti myös liian korkea, kun kaikki robustiuden puute lankeaa todistustaakoitetulle asianosaiselle.¹⁵⁰⁵

Välihuomautuksena Strandbergin raskaan sarjan esitykseen totean seuraavaa. On siis niin, että todistelutilanne on sitä parempi, mitä kattavampaa näyttö on, on se sitten x :lle tai $\neg x$:lle. Tämä on loogista, koska lopputulos on vakaampi, kun x -väitteen paikkansapitävyyttä testataan myös $\neg x$ -väitteiden todisteluja vastaan. Siis näytöt yhdessä lisäävät suunnastaan riippumatta lopputuloksen lujuutta. Mutta yksipuolinen todennäköisyyskäsite ja siten todistusarvoteoria sitovat todennäköisyyden ja robustiuden yhteen, mistä seuraa, että vain todistustaakan kantava eli väitteensä x todennäköisyydestä taakoitettu asianosainen joutuu kantamaan myös robustiustaakan; toisin sanoen hänen on huolehdittava todisteiden puutteen torjumisesta, vaikka hän ei aina voisi, ja vaikka tällöin hänen näyttökynnyksensä voi nousta liian korkealle. Näin siis teoreettisilla seikoilla ja omaksutuilla katsantokannoilla voi olla vaikutusta käytännön oikeusjutun lopputulokseen. – Onhan eri asia, jos kantaja esittää yhden todisteen väitteensä tueksi ja vastaaja kyllä kiistää, muttei esitä mitään todistetta $\neg x$:n tueksi – kuin jos vastaaja esittää todisteet $\neg x$:n tueksi (robustius kasvaa) ja ne todetaan paikkansapitämättömiksi eli testataan x :ää tältäkin kannalta. Seuraus

Strandberg viittaa myös sanotun teoksen sivulle 63, jolla käsitellään yhdessä kysymystä, kenellä on todistustaakka ja kysymystä, kenellä on todisteiden esittämisen taakka.

¹⁵⁰⁴ Strandberg 2012, s. 586 sivuaa alaviitteessä 2197 samaa asiaa toisin sanoin: todistusarvometodi on riippuvainen pää- ja vastanäytön erottamisesta ja liittyy siihen liian suuria vaikutuksia. Hän viittaa kuitenkin ”vrt. Eckhoff 1988 s. 327”; tämä nimittäin toteaa, että oikeustositseikkoja yhteisen todistustaakkateeman alle yhdistettäessä ei ole eroa teema- ja todistusarvometodilla, koska kysymys ei ole samaa teemaa koskevien todisteiden yhteispunninnasta, vaan oikeusseuraamuksen edellytysten yhteispunninnasta.

¹⁵⁰⁵ Strandberg 2012, s. 585 – 586. Kursivointi Strandbergin.

on robustiuden kasvu: lujuutta saadaan enemmän kuin vaikka yksipuolisella tuomiolla.

Strandberg mainitsee vielä viimeisenä väitteenä, että robustiuden asteen määrittäminen muodostuu helposti puhtaaksi arvaukseksi, koska tuomarilla ei ole yleistä näkemystä siitä täydellisestä todistusaineistosta, joka olisi voitu esittää. Tämä on tosin abstraktisen robustiuden yleinen ominaisuus, ei yksin todistusarvometodin sen käsittelyyn liittäminen ominaisuus. Kuitenkin se, että todistusarvometodin mukaan robustius ja todennäköisyys käsitellään yhdessä, johtaa siihen, että näyttötuomarin on *aina* arvioitava robustius. Vaikka ”Ekelöf väittää, että robustius on kiintoisinta rikosoikeudessa, hänen yksipuolisen todennäköisyyskäsitteen yleinen käyttönsä merkitsee, että todistusharkinnassa on aina määrättävä robustiuden aste.”¹⁵⁰⁶

9.3.3.4 Klami

Klami työryhmineen on katsonut, että käytännön päätöksentekotilannetta voidaan tuskin ymmärtää teemametodin tavoin siten, että heikko näyttö todistusteemasta A samalla muodostaa vahvan näytön sen negaatiosta ei-A.¹⁵⁰⁷ Zahle lausuu, että myös teemametodin kannattajat myöntänevät (”ville ... kunne tillslutte sig”) tämän oikeaksi: heikko näyttö todistusteemasta A ei muuta A:n alkuperäistodennäköisyyttä eikä siten muodosta vahvaa näyttöä ei-A:sta.¹⁵⁰⁸

Klami on yksin ja työryhmineen kehittänyt todistusarvoteoriaa askeleen pidemmälle.¹⁵⁰⁹ Hän lähtee siitä, että myös yksittäistapauksellisessa todistusharkinnassa on otettava huomioon ne seikat, jotka ovat hänen mukaansa todistustaakkanormien kannalta merkityksellisiä. Alkuperäistodennäköisyys otetaan siinä huomioon, mutta lisäksi näitä tekijöitä ovat näyttöön varautuminen/näytön esittäminen, sovellettavien normien tavoitteet ja väärän päätöksen riskin kantokyky. Klami kannattaa näyttökynnyksen joustamista: hänen mukaansa tällöin *koko faktapremissien asettamisprosessi joustaa*. Samoin näennäisesti kiinteätkin todistustaakkanormit *joustavat näyttökynnyksen myötä*.¹⁵¹⁰

Klamin usein käyttämä Kaplanin kaava hylkäävän ja hyväksyvän väärän päätöksen aiheuttaman haitan yhteydestä päätöksentekijän vakuuttumiseen, oikeastaan riskinoton todennäköisyyteen on esitetty edellä todistustaakan asettamisen yhteydessä. Klami on käyttänyt (laskelmissa) niitä argumentteja, joita hän on pitänyt jo näyttövaatimuksen ja todistustaakan jaon osalta relevantteina

1506 Strandberg 2012, s. 586. Kursivointi Strandbergin.

1507 Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987, s. 26 – 27; he käyttävät ilmaisu teemateoria.

1508 Zahle 1988, s. 183.

1509 Zahle 1988, s. 183 – 184 huomauttaa, ettei Klami käsittele sitä, monimutkaistaako todistusarvometodille ominainen todistustositseikkojen ja teeman välisen yhteyden korostaminen – verrattuna todistusteemametodin ja Kaplanin korostamaan yhteyteen todistelun tuloksen ja todellisuuden välillä – tilannetta entisestäänkin.

1510 Klami 2000, s. 84. Kursivoinnit Klamin.

virheellisten päätösten haitan kriteereinä: tosiseikan alkuperäistodennäköisyyttä yleisen elämäkokemuksen valossa, näyttöön varautumisen ja sen esittämisen mahdollisuuksia, sovellettavan aineellisen lainsäädännön tavoitteita ja riskinjakonäkökohtia eli yhteiskunnallis-taloudellisesti oikeudenmukaista ja yhdenvertaista mahdollisesti väärän ratkaisun riskin kantokykyä. Näiden argumenttien kesken on suoritettava analyttinen hierarkisointiprosessi (AHP) vertailemalla pareittain kutakin argumenttia toisiinsa.¹⁵¹¹ Tämän jälkeen voidaan laskea ratkaisulta edellytettävä minimitodennäköisyys.¹⁵¹²

Eräs seuraamus teoriasta on, että näytön varmuusasteen huomioon ottaminen säännöksen tavoitteelle annetun arvon suhteen voi vaikuttaa tähän arvoon laskevasti. Kirjoittajat tiivistävät olettamukseksi, että argumentin epävarmuus voi vaikuttaa sen painoon (weight) oikeudellisessa päättelyssä; toisaalta kriteereiden relevanssi voi vaikuttaa asennoitumiseen näytöllistä epävarmuutta kohtaan.¹⁵¹³

Konkreettinen esimerkki osoittanee tämän parhaiten. Se liittyy lapsen etuun lapsen huoltoa koskevassa asiassa:

Huoltoprosessissa esitetään väite, että lapsen elämä joutuu vaaraan, jos lapsen huolto uskotaan isälle. Väite viittaa hyvin relevanttiin tavoitteeseen, elämän suojelemiseen. Perinteinen metodi perustuisi päättelyn kahteen vaiheeseen: 1) miten todennäköisesti lapsen elämä vaarantuisi, jos isästä tulisi huoltaja; ja 2) riittääkö todennäköisyys – riittävyydelle asetettujen kriteerien valossa. Ellei se riitä, on sovellettava todistustaakkasääntöjä. Klami työryhmineen ei kuitenkaan usko, että käytännön tuomari päättelisi näin. Päinvastoin he ajattelevat, että tuomarilla tulisi olla oikeus ottaa arvioitu todistusarvo ja (normin) tavoitteen itseisarvo huomioon yhdessä ja antaa siten aktuaalista vaaraa koskevan näytöllisen epävarmuuden vähentää tavoitteen aktuaalista relevanssia – vaikka näiden asioiden funktionaalisen toisistaan riippuvaisuuden ei tarvitse olla lineaarista. Tavoitteen suuri itseisarvo lisää näytöllistä intressiä tietää relevantit tosiseikat; toisaalta näytöllinen epävarmuus vähentää sinänsä suuren itseisarvon omaavan tavoitteen vaikutusta päättelyn lopputulokseen. Tämä on Klamin ja työryhmän mielestä täysin rationaalinen päättelytapa.¹⁵¹⁴

Klami työryhmineen huomauttaa, että edellä hahmoteltu keskinäinen toisiinsa kietoutuminen on erityisen tärkeää silloin, kun sovelletaan kaikkien relevanttien argumenttien holistisen arvioinnin sääntelytekniikoita. Näiden tekniikoiden

¹⁵¹¹ Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 80 – 82 esittää arvojen hierarkisoinnin suorittamisen ja toteaa, että näytöllinen epävarmuus ja argumentatiivinen relevanssi ovat kietoutuneet toisiinsa ”in rather a complicated manner”.

¹⁵¹² Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 80.

¹⁵¹³ Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 84.

¹⁵¹⁴ Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 83 – 84.

tärkeys on koko ajan ollut kasvamassa, koska kaikkien päätöksenteon kriteerien säätäminen etukäteen on vaikeata.¹⁵¹⁵

Klami on kuitenkin, jo usein todetusti, havainnut matemaattisten mallien ongelmat todetessaan, etteivät tuomarit laske. Preferoidessaan todistusarvometodia teemametodiin verrattuna hän lausuu näin:

”The point is that the *theme method* provides no better solution to the crucial questions. On the contrary, it has idealizing assumptions on its own that are hard to meet in actual decision-making. We think also that theoretical models should not only satisfy the needs of a theoretician at his writing-desk but above all provide for a good model for the reasoning of judges, advocates and prosecutors.”¹⁵¹⁶

Klami on siis myös ottanut huomioon teoriaa mahdollisesti käyttävien tahojen lukuisuuden.

Tutkijoista ainakin Jokela¹⁵¹⁷ ja Gräns näyttävät suhtautuvan Klamin teorioihin hyväksyvästi. Gräns,¹⁵¹⁸ o.s. Hatakka, on ollut mukana jo hänen työryhmässään, jossa niitä on hahmoteltu.¹⁵¹⁹

Yhteenvedonomaaisesti voinee todeta, että eräs keskeisistä ideoista on ollut luopuminen kiinteistä todistustaakkasäännöistä ja todistustaakan jakautuminen ”rationaalisesti ja joustavasti kussakin tapauksessa olosuhteiden mukaan”¹⁵²⁰.

Jokela katsoo omana arvionaan, että ”joustava ja tapaukseen sopiva todistusvaatimus vaikuttaa yleisen oikeustajun mukaiselta.” Hän näkee kuitenkin, että Klamin mallissa ”saattaa ongelmana olla päätösten ennalta-arvaamattomuus ja sitä kautta oikeusvarmuuden heikkeneminen. Jos malli hyväksytään yleiseksi menettelytavaksi, asianosaisilla on toisaalta mahdollisuus ottaa se jo ennakolta huomioon.” Jokela toteaa, että oikeudessamme on monia suhteellisen vakiintuneita ja yleisesti hyväksyttyjä todistustaakkasääntöjä, joista ei ole aihetta luopua. ”Korkeintaan niiden soveltamista tulisi edellä mainituin tavoin joustavoittaa.”¹⁵²¹

Myös **Lindell**, joka suhtautuu suopeasti Gränsin ”rationaaliseen näyttökynnykseen”, katsoo, että kysymys riskiarvioinneistakaan ei jää näyttövaatimukseen kohdistuvaan arviointiin, vaan koskee myös näytön arviointia.¹⁵²²

1515 Klami – Sorvettula – Hatakka 1991, s. 84.

1516 Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 128. Kursivointi Klamin.

1517 Jokela 2015, s. 349 – 351.

1518 Lindell 2017, s. 636 mainitsee ennen muuta Gränsin joustavan näyttövaatimuksen teoreettisten puitteiden esittäjänä.

1519 Esimerkiksi kansainväliseen levytykseen tullut artikkeli Klami – Sorvettula – Hatakka 1991.

1520 Lainattu luonnehdinta on Jokelalta 2015, s. 350.

1521 Jokela 2015, s. 354.

1522 Lindell 2017, s. 636 – 638. Lindellin käyttämä esimerkki lapsen huollosta ja hänen argumentointinsa siinä muistuttavat mutatis mutandis Klamin – Sorvettulan – Hatakan 1991 s. 83 esimerkkiä. Vaikka hän ei juuri tässä viittaa Klamiin, tämä kertonee, että hän ei täysin torju ajatusta näytöltä vaadittavan todennäköisyyden ja lainsäädännön tavoitteen painoarvon suhteesta, joka oli eräs idea tuon työryhmän s. 83 esittämistä.

9.3.3.5 Omaa pohdintaa

9.3.3.5.1 Metodien ”luonteesta”

Metodeista on ollut tavanomaista keskustella todistusharkinnan yhteydessä.¹⁵²³ Todistusarvoteorian kohdalla se onkin luontevaa. Mutta teemametodin kohdalla ei ole yhtä selvää, että kysymys olisi yksinomaan näytön arvioimisen yhteyteen luettavasta ilmiöstä. Erityisesti alkuperäistodennäköisyys on syynä tähän. Alkuperäistodennäköisyys saattaa vaikuttaa konkreettisesti siihen, miten vahvaa näyttöä ylipäätään *vaaditaan*. Todennäköisyysasteikolla asia on helppo esittää havainnollisesti. Jos teeman alkuperäistodennäköisyys on 0,2, ja jos tavanomaista ratkaisijan vakuuttuneisuuden astetta kuvataan lukuarvolla 0,7, näyttövelvolliselta edellytetään näyttöä vahvuudella, joka lisää tuota todennäköisyyttä 0,5:n lukuarvolla. Vaikutus on sitä havainnollisempi, mitä suurempi alkuperäistodennäköisyys on. Jos alkuperäistodennäköisyyttä ei ole tai jos sille ei anneta merkitystä ja näyttö ”lähtee” kuvaannollisesta 0-pisteestä, on esitettävä vahvempaa eli 0,7:n lukuarvolla luonnehdittavaa näyttöä.

Lienee niin, kuin Felaktigt dömda -raportissa on katsottu, että ainakaan Ruotsissa mikään teoria, ei siis mikään edellisistäkään, ole tullut yleiseksi.¹⁵²⁴

Kuten monessa muussa kontekstissa, teema- ja todistusarvometodin ympärillä käydystä keskustelusta välittyy kuva, ettei ole juuri pohdittu sitä, *missä mielessä* kantaa eri metodien puolesta otetaan: onko tarkoitus esittää tosiasiaväite jommankumman ”voimassaolosta”, so. että oikeuskäytäntö noudattaa väitettyä metodia, vai onko kysymys de lege ferenda -tyyppisestä suosituksesta, jonka omaksumalla oikeuskäytäntö pääsisi parempiin tuloksiin¹⁵²⁵. Useimmat kirjoittajat lähtenevät ajatuksesta, että kysymys on pikemminkin jälkimmäisestä. Tähän viittaa empirian kiistaton ohuus tai olemattomuus useimmilla kirjoittajilla, samoin kuin toisinaan esitetyt, taidokkaat mutta useimmiten vailla käytännön kosketusta olevat laskelmat tai graafiset pohdinnat. On vaikea sovittaa oikeuskäytäntöä, joka ei ensi sijassa pyri palvelemaan teoreettisia tarkoituksia, tuollaisen teorian muotoon tai ylipäätään löytää sieltä merkkejä jommankumman metodin voimassaolosta. On mahdollista sekin, ettei todellisuudessa

1523 Ks. esimerkiksi Jonkka 1991, s. 28 – 31. Hän on tehnyt havainnon, että todistusarvoteorian puolesta puhuneista merkittävä osa on muita kuin juristeja ja että ”varsinaiset prosessualistit, joita näyttökysymysten odottaisi erityisesti kiinnostavan, ovat vältäneet osallistumasta debattiin tai kallistuneet enemmän tai vähemmän löyhästi teemametodin puolelle.” Jonkka arvelee asiantilaan voivan olla useitakin syitä, ”mutta joka tapauksessa tämä havainto antaa lisäpontta pohdinnoille, mikä ’metodikeskustelun’ relevanssi näytön arvioinnin kannalta loppujen lopuksi on.” – Jonkka on havainnossaan oikeassa, joskin tilanne on ehkä vähän muuttunut 1990-luvun alun jälkeen – mutta ei paljon, jos ”varsinaisilla prosessualisteilla” tarkoitetaan ammattituomareita. Tutkimuksia on tehty, mutta teema- ja arvometodin käsittely ei ole juuri ollut keskeistä. Olisiko taustalla Virolaisen oikea havainto tuomarien olemisesta ”varsin pragmaattista väkeä”. – Strandberg 2012 on kuitenkin laatinut todistusteorioitakin koskevan magnum opuksensa pääteemanaan näyttövaatimus eli -kynnys, ei todistusharkinta.

1524 Felaktigt dömda 2006, s. 471.

1525 Tässä suhteessa nämä opinkappaleet eivät eroa mitenkään muusta argumentoinnin tavasta.

kumpikaan metodi ainakaan sellaisenaan kuvaa oikein empiriaa. Myös de lege ferenda -näkökannalta useat korkealentoiset ajatelmat ovat mielestäni kaukana arkitodellisuudesta ja toteuttamiskelpoisuudesta.

Luultavasti kumpikaan teoria tai metodi ei tule yksinään eikä sellaisenaan autuuttamaan todistusharkintaongelmien parissa painivia tuomareita. Ehkä totuutta sisältyy Zahlen edellä viitattuun hiukan pessimistiseen arvioon, että oikeuskäytäntö selviää niin hyvin kuin taitaa ilman todistusteorian apua.¹⁵²⁶ Tulevaisuus ei ole kuitenkaan näin lohduton, vaan kehitys jatkuu ja voi tuoda käyttökelpoisia tuloksia.

Riidatonta lienee, että perinteistä ajattelumallia on kuvannut parhaiten todistusteemametodi, mutta yhtä riidatonta on, että Ekelöfillä, hänen auktoriteettillaan ja seuraajillaan on ollut suuri vaikutus ainakin pohjoismaiseen, myös suomalaiseen todistusoikeudelliseen kirjallisuuteen.

Molempia metodeja rasittaa sama perusvaikeus, joka vaivaa kaikkia yrityksiä pukea näyttöä vähänkään matemaattiseen muotoon. Yhteistä mittapuuta ei ole olemassa eikä sellaisen löytymisestä taida olla toiveita. Esimerkkien illusorisuutta kuvaa Ekelöfin puolustus, kun hänelle on huomautettu siitä, ettei hänen käyttämänsä ”sadan tapauksen malli”, jonka perusteella hän muodostaa kausaalisuhteen olemassaolon ja teeman todennäköisyyksiä koskevat murto- ja prosenttilukunsa, ole validi. Ekelöf on vastannut, että hän käyttääkin sataa sellaista tapausta, joissa todistelutilanne ja todistusaineisto on muutoin sama.¹⁵²⁷ Tämä lähtökohta vaikuttaa vielä fiktiivisemmältä.

Metodien soveltuvuus ja hyödyllisyys eli käyttökelpoisuus riippuu luultavasti myös esillä olevan todistusteeman aineellisesta sisällöstä. Jos teemaa voidaan luontevasti luonnehtia joko-tai -kysymykseksi, teemametodia voisi sen todistelussa pitää tästä lähtökohdasta järkevämpänä. Jos taas on mahdollista, että tuntemattomalle vyöhykkeelle voi sijoittua muutakin kuin teeman ei-olemassa-olo eli käytännössä muita, ”korvaavia” seikkoja, todistusarvometodi vaikuttaa käyttökelpoisemmalta. Tässä tilanteessa sitä sovellettaessa voidaan luontevasti sanoa, että todisteelle voi olla muita selityksiä kuin teema, toisin sanoen todisteen

¹⁵²⁶ Zahle 1988, s. 185. Zahlen kirjoitus on repliikki Klammin – Sorvettulan – Rahikaisen 1988, s. 22 – 28 kirjoitukseen. He viittaavat s. 28 tietokoneiden tulemiseen juridiikkaan. Zahlen mukaan on kiintoisaa harkita, minkälaisia seurauksia asiantuntijoiden hallitsema kehittynyt teknologia saa oikeusjärjestelmässä yleensä, maallikkotuomareiden ja muiden ei-eksperttien osallistumisessa oikeudellisiin ja hallinnollisiin ratkaisuihin ja oikeusjärjestelmän demokraattiselle kontrollille.

¹⁵²⁷ Tämä löytyy ainakin Ekelöfin vielä yksin toimittaman Rättegång IV:n viidennessä, vuoden 1982 laitoksesta s. 29. Tilastoa, että Ruotsissa viisi sadasta vannoo väärän valan, voi käyttää sen ratkaisemisessa, liittyykö tiettyyn aikaisempaan todistajankertomukseen väärä vala, teeman alkuperäistodennäköisyyden perusteena, mutta esillä olevassa tapauksessa täytyy kaikessa oleellisessa luottaa apotosiseikkoihin; sitä, kuinka kauan tulee pysymään hengissä, ei tule arvioida yksin vakuutusyhtiöiden elinaikataulukoiden mukaan. – Ekelöfin argumentointiin esitän kolmenlaista kritiikkiä. Ensinnäkin olen edellä torjunut alkuperäistodennäköisyyden käytön kokonaan syyttömyysolettaman vastaisena. Toiseksi, jos sellaista käytetään, sitä kai muovaavat ensi sijassa todistustositteet – ei oltane kokonaan apotosiseikkojen ”armoilla”. Kolmas argumentti on painavin: mistä löydetään sata juttua, joissa todistelutilanne ja todistusaineisto on sama kuin esillä olevassa tapauksessa, ja kuka ne löytäisi.

on voinut aiheuttaa jokin muu kuin teemassa väitetty seikasto. Esimerkiksi jarutusjälkien huomattava pituus voisi olla aiheutunut jäisestä tienpinnasta tai jarrujen epäkunnosta.

Timonen katsoo, että useimmat oikeustosisiikat ovat sellaisia, joiden osalta kontradiktorinen vastakkainasettelu on perusteltua. Sen sijaan mainittuihin kontradiktorisiin oikeustosisiikkoihin kytkeytyvät todistustosisiikat eivät välttämättä ole aina sellaisia, joiden osalta mainittu kontradiktorisuus olisi mahdollinen. Timonen pitää vaikeana hahmottaa tilanteita, joissa kontradiktorinen vastakkainasettelu ei onnistuisi. Tämä johtunee osaltaan hänen mukaansa jo siitä, että joko-tai -tyyppiset ratkaisut ovat selkeästi oikeudellisen ratkaisun tyyppitapaus. Oman tutkimusaiheensa mukaisesti hän pitää esimerkkitilanteena testamentin tulkintaa, jonka peruskysymystä, testaattorin viimeisen tahdon selvittämistä, tuskin voidaan hänen mukaansa yleisesti pukea joko-tai -muotoon. Sen sijaan tulkinnassa voidaan erottaa lukemattomia yksittäiskysymyksiä jotka voidaan pukea joko-tai -muotoon ja joiden osalta teemateorian mukainen punninta toimii.¹⁵²⁸

Itse en ensinnäkään pitäisi ratkaisevana rajalinjana sitä, onko kysymys oikeusvai todistustosisiikasta. Myös todistus- ja aputosisiikat voivat olla todistelun kohteina eli teemoina. Timonen on tietysti oikeassa siinä, että ultima probandum on usein puettavissa joko-tai -muotoon: joko velka on maksettu tai ei ole. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin, että näin yksinkertaisia ultima probandumit eivät useimmiten ole. Niinpä jo vahingonkorvauksen määrä, kuten kvantitatiiviset väittämät yleensäkin, on ongelmatapaus. Lisäksi, jos ajatellaan vaikkapa hometaloriitaa ja siihen liittyviä ultima probandumia tai oikeastaan jutun kaikkia edeltäviäkin probandumeita, havaitaan ongelman monimuotoisuus. Jo ultima probandum hajoaa useiksi osateemoiksi, jotka kaikki kuuluvat esimerkiksi kaupan purkamisen tai hinnanalennuksen edellyttämään ”tunnusmerkistään”, ja itse ’viimeinen’ ultima on oikeudellista arvottamista sisältävä compositio noista useista faktapremisseistä – ellei sitä ole hyväksytty sellaisenaan todistusteemaksi.

Teoriat eivät oikeastaan vastaa samaan kysymykseen. Sen vuoksi ”välittävällä kannalla” oleminenkin tuottaa vaikeuksia. Esimerkiksi Eckhoff on nähökseni tällaiseen pyrkinyt: toisaalta hän kannattaa teemametodia, mutta toisaalta haluaisi laskea Ekelöfin todistusarvometodin laskukaavoilla näytön arvoja, lähtien ennen kaikkea siitä, että kunkin yksittäisen todisteen näyttöarvo arvotetaan erikseen.¹⁵²⁹

¹⁵²⁸ Ks. tästä pohdinnasta Timonen 1988, s. 356 – 358.

¹⁵²⁹ Eckhoff 1992, s. 88 – 89 esimerkkitapauksessaan (pahoinpitelyn todistajat) laskee varsin luotettavan todistajan (75 % luotettavuusaste) ja epäluotettavan todistajan (20 % luotettavuusaste) kertomusten uskottavuudet aika muitta mutkitta samalle asteikolle ja saa tulokseksi, että siihen asti 75 % todennäköisyys teon puolesta

Joka tapauksessa on ilmeistä, että todennäköisyysasteikko 0-100 soveltuu *kuvattaessa* sekä teema- että todistusarvometodin mukaisesti todistusharkintaa ja todistustaakkaa.¹⁵³⁰ Teema- ja todistusarvometodin suurin merkitys lieneekin erilaisten mahdollisten ajattelutapojen kuvaajina.

Mitä Klamiin tulee, ainakin itselleni on jäänyt jossain määrin epäselväksi, tarkoittaako hän, että näyttötuomari yksittäisessä jutussa todella ottaa huomioon hänen neljä argumenttiaan, jotka hän käsittääkseni ensisijaisesti on tarkoittanut todistustaakan jakoon vaikuttaviksi. Tällaisen käsityksen saa esimerkiksi edellä siteeratusta, vuonna 2000 julkaistusta esityksestä. Toisaalta Lindell näyttää muutta mutkitta katsovan, että Gränsin versiota, ”rationaalista näyttökynnystä”, noudatetaan jo nyt (Ruotsissa) käytännössä, ja että se on käytössä myös todistusharkinnassa.¹⁵³¹ Jos näin olisi ja vaatimus määriteltäisiin kulloinkin ad hoc, näyttökynnyksen siirteleminen tuomarin toimesta ja vieläpä kulloisenkin jutun meriittien perusteella olisi radikaali ratkaisu varsinkin siltä kannalta, miten turvattaisiin eri juttujen välinen yhdenvertainen kohtelu.

Kiistanalaisin Klamin neljästä argumentista on epäilemättä neljäs, asianosaisten yhteiskunnallis-taloudellisten ja muiden väärän päätöksen riskin kantokykyyn vaikuttavien seikkojen huomioon ottaminen. Oikeastaan tämän kriteerin kohdalle keskittyy Klamin teorian sisältämä uudistavin ajatus,¹⁵³² ellei teorian teknisii piirteitä (AHP:tä eli hierarkisointiprosessia) oteta huomioon. Hautautuuko todistusharkinnan alkuperäinen episteeminen luonne kuitenkin

muuttuu niin, että tulos onkin 75 – 80 %:n välillä. Todistaja kuitenkin kertoi, ettei nähnyt pahoinpitelyä. Hänen epäluotettavuutensa syyt taas ovat irrelevantteja, mutta kuitenkin niistä nyt johtuu, että näytön arvo kasvaa. Teoreettisesti oikein Eckhoff kyllä sijoittaa todistajan ”viivan alle” eli ei-T:n kohdalle, mutta vaikuttaako se todella lopputulokseen näin. Kaiketi tässä pitäisi olla ainakin jonkinlainen raja-arvo, tai ehkä aloittaa asteikko eri kohdasta. Vai onko kysymys siitä, että asteikolla yritetään nyt oikeasti laskea yhteen sellaista, mihin se ei sovellu – harmaa vyöhyke kapenisi siis välistä 75-100 väliin 75-80 (tai väliin 80-100)? – Eckhoff päätyy s. 89 kuitenkin yli 100 prosentin meneviin lukuihin, eikä mielestäni onnistu ”pääsemään pois”. Virhe voi olla siinä, ettei hän kyseenalaista yhteenlaskumetodia, joka perustuu jokaisen todisteen näyttöarvon yksittäiseen arvottamiseen (todistusarvometodin tavoin), vaan turvautuu selityksiin, jotka eivät ole vakuuttavia. Miksi ”derfor kan en reduksjon av bevis og motbevis etter bevisverdimetodens regneregler komme på tale.”? – Hän astuu varovaisen askeleen oikeaan suuntaan huomauttaessaan, että kun todisteet nähdään yhteydessä toisiinsa, tullaan ehkä ymmärtämään, että ”ensimmäisellä kierroksella” arvioitiin todisteet tai vastatodisteet tai molemmat liian korkealle. – Nähdäkseni Eckhoffin puhe ”ensimmäisestä kierroksesta” liittyy hänen näkemysensä todistusharkinnasta systeeminä. Harkinta suoritetaan uudelleen sen feedbackin pohjalta, jota harkitsija saa; tässä esimerkkitapauksessa tuo takaisinkytkennän antama feedback olisi kaiketi lähinnä tieto yli sadan prosentin menevästä kokonaistuloksesta.

1530 Esimerkiksi Eckhoff 1988, s. 338.

1531 Sillä seikalla, että esimerkiksi Felaktigt dömda -työryhmä ei mainitse Klamia, ei välttämättä ole merkitystä, koska hänen teoriansa koski (ainakin lähinnä) siviiliprosessia.

1532 Halila 1955, s. 301 alaviitteessä 24 mainitsee Walter Gautschin vuonna 1914 teoksessaan Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen (s. 25, 413 alkaen) esittämän ”Humanitätsmoment’in”, jonka Gautschi oli asettanut yhdeksi kahdeksasta todistustaakkaperiaatteestaan. Gautschi oli katsonut tämän saavan sijaa rikosprosessissa ja lähinnä vain erinäisissä vahingonvastausta ja vakuutusoikeudellisia suhteita koskevilla tilanteissa. Halila katsoi, ettei yleistä todistustaakkaperiaatetta taloudellisesti heikomman osapuolen suojelemisesta voida tehdä, ja esitti kannalleen perusteluita. Tosin hänkin näki mahdolliseksi, että todistusharkinnassa erilainen varallisuusasema voisi saada ”asianhaarojen mukaan” merkitystä: indisiosta erityisen varakkaan väittämystä vastaan kävisi, jos tämä ei varakkuudestaan huolimatta ollut saanut tiettyä asianhaaraa selvitettyksi.

kokonaan tai liiaksi noiden neljän ulkoista tarkoituksenmukaisuutta ja eettistä ad hoc -kohtuullisuutta painottavien tekijöiden alle? Olisiko parempi jättää lainsäätäjän asiaksi ottaa kantaa tällaisiin argumentteihin?¹⁵³³

Jonkka huomauttaa että vaikka todennäköisyysteorian negaatiosäännön mukaan teeman ja sen negaation todennäköisyyden summa on aina 1 (eli jos teeman arvo on 0.7, sen negaation arvo on 0.3), ”tätä ei kuitenkaan voida soveltaa näytön arviointiin kuin poikkeustilanteissa, koska näyttötilanne on yleensä sellainen, että voimme tehdä todistusaineistosta päätelmiä vain yhteen suuntaan: heikko teemaa tukeva näyttö ei välttämättä ole vahvaa teeman negaation puolesta puhuvaa näyttöä. Jos teemaa (esim. henkilön syyllisyyttä) tukevan todistusaineiston näyttöarvo on 0.7, voimme päätellä teeman olevan ainakin tällä todennäköisyydellä tosi, mutta emme sitä, että sen negaation (syyttömyyden) todennäköisyys olisi 0.3. Viimeksi mainittu luku ei kuvasta negaation todennäköisyyttä vaan tietämättömyyttä. Teema voi siis olla tosi suuremmallakin todennäköisyydellä kuin 0.7. – Teeman todennäköisyyteen suoraan kohdistuva tilastollinen näyttö sen sijaan kertoo samanaikaisesti sekä teeman että sen negaation todennäköisyyden; tällöin negaatiosääntö siis pätee.”¹⁵³⁴

Käsittääkseni Jonkka on edellä sanotussa oikeassa ja hän osoittaa samalla teema- ja todistusarvoteorian erästä keskeistä eroa. Mielestäni on kuitenkin paikallaan kysyä, missä tilanteissa tuomioistuimen pitäisi olla kiinnostunut hylkäävän vaihtoehdon tarkasta todennäköisyydestä. Riitajutussa ei vahvisteta, miten todennäköistä tai epätodennäköistä on, että kanne *ei* pidä paikkaansa, eikä rikosprosessissa vastaavasti sitä, miten suurella todennäköisyydellä syytetty on *syytön*. Toisin sanoen tuo epätietoisuuden alue ei ole tutkinnan valokeilassa ja jää varjoon.

9.3.3.5.2 Todistelusysteemin suljettuisuus/avoimuus ja teema-metodi/arvometodi. Voidaanko tuollainen samaistus tehdä?

Todistelujärjestelmän avoimuudessa tai suljettuisuudessa on kysymys paljolti kysymys siitä, missä määrin esillä olevaan informaatioon verrattuna ulkopuolista informaatiota tai mahdollisuutta sen olemassaoloon otetaan todistelussa ja ratkaisuharkinnassa lukuun. Tältä kannalta katsoen on kysymys pohjimmiltaan

1533 Jokela 2017, s. 351, on suhtautunut varauksellisesti riskinkantokyvyn huomioon ottamiseen. Hänkin on tässä yhteydessä esittänyt, että asiaosaisten taloudelliset olot voivat joissakin tapauksissa vaikuttaa myös sen arvioimiseen, kummalla osapuolella on ollut paremmat edellytykset näytön esittämiseen. Itse pitäisin hyvänä esimerkkinä nimenomaan lainsäätäjän roolista tässä suhteessa uuden OK 17:7:n säännöstä siitä, että tuomioistuimella on asian laadusta riippumatta oikeus hankkia omasta aloitteestaan asiantuntijalausunto. Säännöksellä on useita funktioita, mutta eräs tärkeimmistä on mielestäni mahdollisuus hankkia asianosaista koskeva mahdollisimman korkeatasoinen lääketieteellinen selvitys erilaisissa korvausasioissa, kuten KKO:ssa erityisesti vakuutus oikeusasioissa. Korvausta vaativilla yksityishenkilöillä ei välttämättä ole taloudellisiakaan mahdollisuuksia tällaiseen, toisin kuin vastapuolina olevilla vakuutusyhtiöillä.

1534 Jonkka 1991, s. 37 - 42 ja 1992, s. 92 alaviite 31.

edellä käsitellystä selvittämistaakasta, siis velvollisuudesta hankkia mahdollisimman robusti näyttö. Tämä koskee myös rikosprosessin puolella mahdollisten vaihtoehtoisten, varteenotettavien tapahtumainkulkujen huomioon ottamista. Tällöinkin viime kädessä syntyy kysymys noiden tapahtumainkulkujen näytöstä siinä mielessä, että ainakin jonkinasteinen todennäköisyys sellaisella tulee olla ja että tuo todennäköisyys on näytettävä olemattomaksi.

Pohjimmiltaan sen, miten avoin tai suljettu todistelujärjestelmä on, määrittää lähinnä lainsäätäjää. Eräs merkittävistä tällöin sovelletuista kriteereistä liittyy tuomioistuimen ja asianosaisten väliseen työnjakoon, näiden rooleihin oikeudenkäynnissä. Siltä osalta kuin lainsäätäjää on asettanut esimerkiksi vedenjakajakriteeriksi asian dispositiivisuuden, myös oikeuskäytäntö ja -tiede antaa lisänsä edellä mainitussa kahtiajaossa.

Ensi katsannolta vaikuttaisi siltä, että teemametodi soveltuu parhaiten dispositiivisten riitajuttujen todistelun kuvaukseen¹⁵³⁵, koska sen puitteissa on mahdollista luontevasti kuvata asianosaisten mahdollisuutta disponoida oikeudenkäynti- ja näyttöaineiston laadusta ja laajuudesta. Teemametodin voidaan sanoa operoivan suljetussa universumissa,¹⁵³⁶ ja oikeus määritellä tuo universumi (ja sen osana todistelun robustiustaso) ja sulkea universumin rajat kuuluu juuri dispositiivisuuden mukaisesti asianosaisille. Sen sijaan indispositiivisissa siviiliprosesseissa ja rikosprosessissa todistusarvoteoria näyttäisi olevan luontevampi ja ehkä hedelmällisempi kuvaamistapa. Tällöin voitaisiin vastaavasti sanoa toimittavan avoimessa systeemissä, joka ottaa huomioon harmaan vyöhykkeen: ulkopuolella voi olla aineistoa ja selityksiä, jotka eivät ole tulleet esille tai tulevat esimerkiksi rikosasiassa esille vaihtoehtoisina, varteenotettavina tapahtumainkulkuina. Kysymys näytön robustiudesta jää virallistoimintoisuuden vallitessa enemmän tuomioistuimen harteille, mikä on sopusoinnussa asioiden luonteeseen liittyvän julkisen intressin kanssa.

Asian voisi selittää myös aivan toisinpäin. Dispositiivisissa jutuissa sallittava epävarmuus, vedottavan seikaston ja todistelun laajuus, oikeastaan halettavan oikeusturvan laajuus, on asianosaisten disponoitavissa, ja silloin olisi jo lähtökohtaisesti luontevaa olettaa, että harmaita vyöhykkeitä jää. Sen sijaan indispositiivisissa jutuissa vallitsee virallinen pyrkimys saada näyttö robustiksi, mikä on pitkälti sama asia kuin pyrkimys siihen, ettei harmaita vyöhykkeitä jäisi. Tällöin tosin universumin sulkijana toimisi virallistaho eli tuomioistuin.

Toisaalta voidaan perustellusti kysyä, voidaanko ylipäättään dikotomiat todistelusysteemin avoimuus-suljettuisuus toisaalta ja teemametodi-todistusarvometodi toisaalta edellä mainitulla tavalla yhdistää. Metodithan ensinnäkin ”kysyvät” erilaatuisia asioita; sen sijaan systeemin avoimuudessa on kysymys

¹⁵³⁵ Teemateoriasta dispositiivisessa riita-asiassa Leppänen 1998, s. 151 – 152.

¹⁵³⁶ Ks. Linna 1999, s. 349.

saman ominaisuuden eri asteista. Systeemi voi olla täysin avoin, täysin suljettu tai – kuten aina käytännössä – jotain tältä väliltä. Toiseksi, voi olla epätarkkaa ja harhaanjohtavaa käyttää kieltä siten, että teemametodin mukainen harkinta tapahtuisi juuri suljetussa systeemissä; asiat voidaan tietysti määritellä näin, mutta tuntuu oudolta ajatella, että koossa oleva selvitys siinäkin ”oikeasti” presumoitaisiin täydelliseksi – ja ellei näin taas tehdä, edellä mainitulta vastakkainasettelulta putoaa pohja.

Mitenkään tyhjentävästi ei ehkä edes kuvaavassa tarkoituksessa voidakaan lopulta sanoa, että esimerkiksi virallistoimintoisuuden tai indispositiivisuuden vallitessa informaatiojärjestelmä olisi avoin ja asianosaistomintoisessa ja dispositiivisuudessa taas suljettu, siis lähinnä asianosaisten disponoinneillaan sulkea. Systeemin avoimuuden ja suljetuisuuden tilat eivät ole, kuten edelläkin lausuttiin, absoluuttisia. Vastaavasti virallistoimintoisuuden/indispositiivisuuden ja asianosaistomintoisuuden/dispositiivisuuden vallitsemista prosessitilanteessa ei voida kuvata ainakaan tyypillisesti tai pelkästään ääriarvoilla 0 ja 1. Tuskin lienee juttuja, jotka olisivat kemiallisen puhtaita jommastakummasta piirteestä. Molempien dikotomioiden ainesosia voidaan kuvata paremminkin liukuvalla asteikolla. Sen vuoksi voitaisiin ajatella todistelujärjestelmän avoimuutta ja suljetuisuutta yhdellä kuvaajalla tarkasteltavina suureina, ja esimerkiksi asian dispositiivisuutta toisella kuvaajalla tarkasteltavana suureena. Jos halutaan tutkia, onko näillä muuttujilla keskinäistä vuorovaikutusta, kuvaajat voitaisiin yhdistää funktion akseleiksi. Tällöin käytännössä esiintyvät tapaukset, niiden karakterististen piirteiden perusteella määritetyt arvot, olisivat funktion sijoitettavia lukuarvoja. Jos niitä olisi riittävä määrä eli paljon, voitaisiin tutkia, onko näillä muuttujilla keskinäistä riippuvuutta ja minkälaista se on.

Zahle suosittelee, että arvokas strategian uudelleenmuotoilu todistusteoreettiselle tutkimukselle voisi olla se, että lähtökohdaksi otettaisiin todella esiintyvät näyttötyypit ja ne ymmärrettävät puitteet, joiden sisällä nämä ovat vakiintuneet. Todistusoikeus tulee todennäköisesti osoittautumaan todistusmallien pluralistisen systeemin leimaamaksi. Näitä malleja ei voida silloin arvioida yksin yleisellä älyllisellä mittapuulla, vaan lähtien niiden kulloisestakin suhteesta yhteiskuntasuhteiden eroihin ja valtion ja yksilön välisestä suhteesta vallitsevista käsityksistä.¹⁵³⁷

1537 Zahle 1988, s. 185.

10. TODISTUSHARKINTATEORiat II: ÖVERVIKT-PERIAATE

10.1 Johdanto

Övervikt-periaatteen perusidea on, että todistusharkinnan lopputulos määräytyy sen mukaan, kumpi kahdesta¹⁵³⁸ vaihtoehdosta on todennäköisempi kuin toinen. Todennäköisyyden enemmyyteen riittää yhden prosentin suurempi todennäköisyys – kun vaihtoehtoja on kaksi, väite tosiseikan paikkansapitävyydestä ja väite sen ei-paikkansapitävyydestä, toinen voittaa, jos sen todennäköisyys on ainakin 51 prosenttia.

Övervikt-periaatteen sovellustilanteet on jaettu kahteen pääryhmään, näytön absoluuttisen ja relatiivisen vahvemmuuden tilanteisiin. Edellisessä vastakkain ovat väitteen x ja vastapuolen kiiston eli väitteen vastakohtan $\neg x$ näyttöjen vahvemmuudet, jälkimmäisessä taas väitteen x ja vastapuolen väittämän vastatosisen y näyttöjen vahvemmuudet. Jälkimmäiseen kategoriaan kuuluvat myös tilanteet, joissa vastapuoli esittää useampia hypoteeseja, kuten y ja z .¹⁵³⁹

Vastaaja voi esittää kanteen kumoamiseksi useita variaatioita koko kanteessa väitetystä tosiseikastosta tai sen jostakin osasta, kuten syy-yhteydestä. Tällöin vaihtoehtoja on enemmän kuin kaksi (eli tavalliset x ja $\neg x$, väite ja kiisto. Tällöin absoluuttisen övervikt-periaatteen lähtökohta on, että voittavan vaihtoehdon todennäköisyyden tulee olla suurempi kuin muiden vaihtoehtojen todennäköisyyksien summa.¹⁵⁴⁰

Prosenttien tai vastaavien murtolukujen käyttö antaisi aiheen olettaa, että kysymys on pascaliaanisesta teoriasta eli se sijoittuisi matemaattisten todennäköisyysteorioiden ryhmään. Näytön vahvemmuuden ratkaiseva asema teoriassa viittaa suoraan common law'n preponderance of evidence -standardiin. Strandberg sitoo overvekt-periaatteen keskeisen argumentin – sen, että periaate tuottaa suurimman määrän oikeita ratkaisuja – tiukasti bayesianiseen näyttövaatimusoppiin.¹⁵⁴¹ Merkityksellistä on kuitenkin ratkaisijan subjektiivinen

¹⁵³⁸ Bolding 1951, s. 28.

¹⁵³⁹ Kolflaath 2008, s. 156 – 159 ja Strandberg 2012, s. 409 – 410.

¹⁵⁴⁰ Skoghøy 2017, s. 915.

¹⁵⁴¹ Strandberg 2012, s. 465. Hän toteaa, että useimmat bayesiaanit kannattavat mainittua väitettä, muiden teorioiden kannattajat torjuvat sen. Norjassa, jossa bayesianinen oppi on ollut yksin hallitseva teoreettisena vaihtoehtona (!), lähes kaikki puolustavat väitettä – Strandbergin mukaan s. 464 periaatteen ja väitteen yhteys on ”særnorsk”. Maissa, joissa on useita todistusoppeja (Englanti ja USA), toiset puolustavat sitä ja toiset hylkäävät sen; ja muissa, joissa juuri kukaan ei kannata bayesianista oppia (Saksa, Ruotsi ja Tanska), vain harva tai ei kukaan hyväksy väitettä. (Strandberg mainitsee s. 464 alaviitteessä 1859 varauksellisesti

vakuuttuneisuus siitä, kummalla vaihtoehdolla on suurempi todennäköisyys. Periaatteeseen ei korostetusti kuulu frekventististen arvojen ”jahtaaminen” tai idea niiden tarkoista laskutoimituksista, vaan päähuomio kohdistuu lopputulokseen, kokonaisnäkemykseen siitä, kumpi kahdesta vaihtoehdosta on todennäköisempi. Näin uskaltanee sanoa, vaikka eräs övervikt-periaatteen keskeisistä kehittäjistä, Bolding, on korostanut näkemystään, että todistusharkinta koostuu todennäköisyyslaskelman tekemisestä ja todistustaakkasääntöjen näkemisestä sääntöinä, jotka edellyttävät muuta todennäköisyyden astetta kuin övervikt on.¹⁵⁴² Periaate voidaan käsittääkseni sijoittaa jonkinlaisten ”välimallien” joukkoon. Se on siinä määrin omanlaisensa ja todistusharkintakeskustelua hallitseva, että ansaitsee oman kategoriansa.

10.2 Periaatteen synnystä ja kehityksestä: Eckhoff 1943 ja Bolding 1951

10.2.1 Eckhoff

Eckhoff, joka oli Uppsalan koulukunnan huomattavin edustaja Norjassa,¹⁵⁴³ kehitti vuonna 1943 ilmestyneessä Tvilsrisikoen-väitöskirjassaan¹⁵⁴⁴ *de lege ferenda* todennäköisyyden ottamista merkitseväksi todistustaakan jaossa noudatettavaksi periaatteeksi. Toinen Eckhoffin kiteytys oli, että kiinteiden todistustaakkanormien sijasta tuomioistuinten tulisi saada jutussa ilmenneiden asianhaarojen vuoksi määrätä todistustaakan jaosta. Eckhoffin mukaan todistustaakan jaossa on otettava huomioon materiaalisen oikeuden toteutuminen; lisäksi erityisesti todistustaakkasäännösten preventiivinen vaikutus ja todisteiden varaaminen ennakolta ovat tärkeitä.¹⁵⁴⁵

Heumanin.) Ne harvat, jotka saksalaisessa tai ruotsalaisessa teoriassa kannattavat sitä, ovat yleisesti katsoen olleet Strandbergin mukaan näiden maiden harvoja bayesiaaneja. – Kuitenkin Strandberg s. 464 huomauttaa, että samassa määrin kuin Norjassa on vuosituhatien vaihteen jälkeen yleensäkin kyseenalaistettu useita norjalaisen todistusteorian piirteitä, myös käsitys siitä, että periaate tuottaa eniten aineellisesti oikeita tuomioita, on kyseenalaistettu. Strandberg viittaa tässä Kolflaathiin 2008, s. 155 – 156, (erityisesti kun asia jaetaan useisiin näyttökynnysteemoihin) ja Robberstadiin (väitteen paikkansapitävyys yleisemmin), Sivilprosess 2009, s. 253 – 254; sama skeptisyys on uudemmassa painoksessa, Robberstad 2018, s. 307 – 308.

¹⁵⁴² Bolding 1960, s. 23; vrt. ”vakuuttuneisuudesta” myös s. 14.

¹⁵⁴³ Sundberg 1999, s. 177.

¹⁵⁴⁴ Eckhoff on otsikoinut teoksensa nimellä ”Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)”. ’Tvilsrisiko’ ei kaikissa asiayhteyksissä tarkoittane aivan samaa kuin todistustaakka, bevisbyrden, vaan se korostaa epävarmuuteen (epävarmuuden jäämiseen) liittyvää riskiä ja sen kantamista. Todistustaakka on hänellä epävarmuuden riskin suurin osa, ks. s. 65. Sen vuoksi olen paikoitellen kääntänyt termin epävarmuuden riskiksi.

¹⁵⁴⁵ Eckhoff 1943, s. 57 – 63 ja 67 – 68. Jos laki ei anna kiintopistettä todistustaakalle, tuomarin on yritettävä löytää ratkaisu, joka yhdessä aineellisen oikeuden säännön kanssa antaa parhaan lopputuloksen, ja luonnollinen keino on punnita lopputulokseen liittyviä intressejä. Jos aineellinen säännös on muotoiltu siten, että virheellinen tuomio toisen vahingoksi olisi suurempi onnettomuus kuin virheellinen tuomio toiseen suuntaan, vastapuolen olisi kannettava suurin osa epävarmuuden riskistä, eli aineellisen oikeuden sääntöä,

Eckhoff päätyi korostamaan tuomioistuimen todennäköisysharkintaa. Jos edellytykset ovat muutoin samat, päädytään useimmin oikeaan, kun asetetaan aina pohjaksi todennäköisin¹⁵⁴⁶ tosiseikka eli puolitetaan epävarmuuden riski. Eckhoff katsoi overvekt-periaatteen olevan luonnollinen lähtökohta, kun otetaan kantaa todistustaakkakysymyksiin. Kun mikään ei puolla sitä, että jompaa-kumpaa kantaa pitäisi suosia toisen kustannuksella, on noudatettava overvekt-periaatetta, siis laitettava todistelun minimivaatimus asteikon keskelle eli 50 %:n kohdalle.¹⁵⁴⁷

Eckhoff on vastaväitteisiin huomauttanut olevan erittäin harvinaista, että molemmat kysymykseen tulevat vaihtoehdot tuntuisivat yhtä mahdollisilta. Vaikka esille ei olisi tullut muuta kuin asianosaisten vastakkaiset väitteet, yleiset kokemussäännöt johtaisivat tuomarin pitämään toisen asianosaisten kantaa todennäköisempänä.¹⁵⁴⁸ Eckhoff pitää ratkaisevana seuraavaa argumenttia. Rajatapauksista ei päästä eroon säännöstämälläkään, vaan ongelma vain siirtyy uuteen kysymykseen: mihin raja vedetään epävarmuustilanteiden ja muiden välillä. Asettamalla pääosa epävarmuuden riskistä (todistustaakka) yhdelle asianosaiselle, ratkaisu olisi helppo, kun todennäköisyys on noin 50 % – 50 %, mutta vastapainoksi heräävät vaikeudet, joissa on epäselvää, pitääkö kyseisen väitteen katsoa olevan ”riittävän selvitetty” (”tillstrekkelig godgjort”). Numeroilla ilmaisten: vedetään raja sitten 50 %:n tai 80 %:n kohdalle, aina tulee esiintymään rajatapauksia. Tosiasiaväitteellähän voi olla kaikki todennäköisyyden asteet – nollasta sataan prosenttiin, hän toteaa.¹⁵⁴⁹

Eckhoff testaa mahdollista vastaväitettä, että tuomarin mielivallalle jäisi joka tapauksessa pienempi mahdollisuus, jos todistustaakka asetettaisiin suurimmaksi osaksi toiselle asianosaiselle. Tätä voisi hänen mukaansa perustella joko sillä, että rajatapaukset ratkaistaisiin silloin laatunsa perusteella yksilöidymmin, tai sillä, että niitä esiintyisi harvemmin. Mutta nämä väitteet eivät pidä normaalisti paikkaansa. Tuomarit tuskin reagoivat yksilöidymmin, kun heidän on ratkaistava, onko jokin selvitetty, kuin jos heidän on ratkaistava, mikä on todennäköisempää. Eckhoff ei myöskään usko, että tavallisissa jutuissa 50 – 50 -tilanteet esiintyisivät useammin kuin esimerkiksi 80 – 20 -tilanteet. Jutun tiedot ja luonnolliset oletamat viittaavat säännönmukaisesti siihen, että yksi

joka varsin pitkälle suojelee toisen intressejä, tulee silloin neutralisoida vastakkaiseen suuntaan menevällä todistustaakkasäännöllä. Jos aineellisen oikeuden säännöstä sitä vastoin seuraa, että lopputulokseen liittyvät vastakkaiset intressit ovat yhtä painavia, epävarmuuden riski tulee puolittaa.

1546 Eckhoff 1943, s. 64. „Utgangspunktet må være at den mest sannsynlige anførsel skal legges til grunn“. Eckhoff käyttää myös övervikt-terminologiaa vastaavia termejä, kuten ’sannsynlighetsovervekten’. Hän käyttää johdonmukaisesti ilmaisua ’mest sannsynlig’, todennäköisin. – Hänen esityksensä lähtee siitä, että ratkaisijalla olevat edellytykset ovat samat, so. että näyttöaineisto muodostuu yhtä hyväksi, riippumatta siitä, miten epävarmuuden riski jaetaan.

1547 Eckhoff 1992, s. 85 – 88.

1548 Eckhoff 1943, s. 65.

1549 Eckhoff 1943, s. 66.

vaihtoehtoista on muita todennäköisempi, ja usein tämä todennäköisyyden vahvempi on melko suuri.¹⁵⁵⁰ Joskus todennäköisyydestä olisi kuitenkin luovuttava eräiden etunäkökohtien hyväksi.¹⁵⁵¹

Eckhoff on teoksessaan käsitellyt laajasti riskinjakosääntöjen preventiivistä vaikutusta ja pannut suurta painoa sille, että asianosaiset ajoissa varmistavat todistelunsa.¹⁵⁵² Hän on tältä osin tehnyt kohtuusyistä eräitä poikkeuksia käytännön tilanteiden varalta.

10.2.2 Bolding 1951

Eckhoffin teoriaa on edelleen kehitellyt Bolding. Tältä pohjalta hän on vuonna 1951 julkaistussa väitöskirjassaan muodostellut övervikt-periaatteen¹⁵⁵³ ruotsinkieliseen todistusteoreettiseen sanastoon. Suomenkielisessä tekstissä termi on käännetty vaihtelevin tavoin, mutta kuvaavana käännöksenä voidaan pitää termiä vahvempuusperiaate.¹⁵⁵⁴ Bolding on myöhemmin katsonut, että todennäköisyyden övervikt vastaa common law'n kynnystä preponderance of evidence.¹⁵⁵⁵

Periaatteen idea on sama kuin Eckhoffilla: näyttökysymys ratkaistaan sen mukaan, kumpi vaihtoehto on yksittäistapauksessa todennäköisempi. Muuta näyttövaatimusta ei aseteta. Näytön pienikin vahvempi jommalla kummalla puolella riittää ratkaisemaan tilanteen kyseisen teeman kohdalla sen osapuolen eduksi, jonka puolella tämä vahvempi on.¹⁵⁵⁶

1550 Eckhoff 1943, s. 66 – 67.

1551 Eckhoff 1943, s. 67. Hän mainitsee esimerkkinä kuolleeksijulistamisasiat: ei ole helppoa todistaa, elääkö kauan poissaollut henkilö vai onko tämä kuollut. Lisäksi hän mainitsee isyysasiat: jakamalla epävarmuuden riski eri tavalla näissä tilanteissa vältetään vaikeudet aina, kun tosiasioiden kahden version todennäköisyydet ovat suunnilleen yhtä suuret. Tällöin luotu uusi ongelma – onko tosiseikka riittävästi näytetty? – ei aiheuta vaikeuksia kovin monissa tilanteissa.

1552 Eckhoff 1943, s. 68 – 83.

1553 Bolding, 1951 s. 28. Leppänen 1998, s. 144 – 145.

1554 Bolding, 1951 s. 28 alaviite 36, esittää toiseksi mahdolliseksi nimeksi todennäköisyysperiaatetta (sannolikhetsprincipen), mutta hylkää tämän, koska todennäköinen-termiä käytetään ilmaisemaan usein korkeampaa näytön vahvuutta kuin esimerkiksi oletettava (kan antagas) ja koska silloin voisi syntyä väärinkäsitys, että tämän periaatteen mukaisesti vaadittaisiin muuta kuin yksinkertainen todennäköisyys. – Suomen kielestä puuttuu ilmaisu övervikt-termin sille merkitykselle, että vaaka kallistuu jommankumman vaakakupin suuntaan. Halila 1955, s. 61 alaviite 97, ei katsonut tarpeelliseksi etsiä sopivaa käännöstä. Lappalainen, 2001 käyttää ilmaisia ylipainoperiaate (s. 316, 334) ja näyttöenemmyysperiaate (s. 313, 315). Virolainen, 1995 s. 88, on käyttänyt suomenkielistä vastinetta näyttöyliäämäperiaate. Timonen, 1988 s. 363 käyttää sanaa painavammuusperiaate. Jonkka 2003, s. 145 alaviite 15, käyttää ilmaisua todennäköisyyden enemmyysperiaate. Saranpää 2010 käyttää johdonmukaisesti ilmaisua näyttöenemmyysperiaate. – En pidä ylipainoperiaate-käännöstä onnistuneena, koska ylipainolla on vakiintuneet, tunnetusti toiset merkitykset niin arki- kuin lakikielessäkin. ”Näyttöyliäämä” ei ole oikein suomea, eikä kysymys ole lainkaan näytön ”yliäämisestä”, vaan siitä, kummalla puolella on vahvempi näyttö. Viimeksi mainitusta syystä myöskaan näyttöenemmyysperiaate-käännös ei osu naulan kantaan: ratkaisevaa ei ole näytön enemmyys vaan vahvempi. Tältä kannalta Timosen painavammuusperiaate olisi hyvä – ellei ”painavammuus” kuulostaisi hiukan keinotekoiselta? – Käytän tekstissä termejä övervikt-periaate ja vahvempuusperiaate.

1555 Bolding 1960, s. 19 – 20, ja 1990, s. 109.

1556 Bolding 1951 s. 28. Hän tuo esiin, ettei minkään näytön vahvempuuden tule olla merkitykseltön. Samoin Bolding 1960, s. 19 (”any kind of probability, even the slightest, would be enough to allow the judge to accept the hypothesis supported by the preponderance”).

Boldingin keskeinen perustelu övervikt-periaatteelle oli se, että ”on aihetta olettaa sen antavan suurimman mahdollisuuden aineellisesti oikeaan tuomioon, eli tuomioon, jossa ratkaisun perustaksi asetetaan ne tosiseikat, jotka ovat todellisuudessa tapahtuneet.”¹⁵⁵⁷ Hän tarkensi tätä myöhemmin:¹⁵⁵⁸

”...det knappast är riktigt att såsom argument för överviktsprincipen göra gällande att den medför det minsta antalet materiellt oriktiga *domar*; det riktiga är att säga, med nyss angivna reservationer, att den medför det minsta antalet på oriktigt sätt lösta *konfliktsituationer*”.

Toinen väittämä, jolla Bolding perusteli periaatettaan, oli, että sitä soveltamalla väärin ratkaistujen tuomioiden, oikeammin konfliktitilanteiden, lukumäärä jakaantuu mahdollisimman tasaisesti asianosaisten välillä.¹⁵⁵⁹ Yhteenvedonomaisesti Bolding perusteli sitten periaatetta näin:¹⁵⁶⁰

”överviktsprincipen gynnar icke någon av parterna på den andra partens beskostnad, och den har i de flesta typer av fall den effekten att förkommande konfliktsituationer bli så ofta som möjligt lösta på ett materiellt riktigt sätt, d.v.s på sådant sätt att de fakta som i verkligheten inträffat också blir lagda till grund för ett avgörande.”

Bolding pitää tarkoin esillä, ettei övervikt-periaate ole todistustaakkasääntö, vaikka se on todistustaakkaongelman eräs mahdollinen ratkaisu.¹⁵⁶¹ Todistustaakkasääntöä tarvitaan vain siinä tilanteessa, että kumpikin vaihtoehto on täsmälleen yhtä todennäköinen.

Boldingin kolmas tärkeä väittämä övervikt-periaatteen soveltamiseksi todistustaakkasäännön sijasta on, että sikäli kuin övervikt-periaatetta sovelletaan, vältetään tosiseikka- ja oikeuskysymyksen erottamisen vaikeus.¹⁵⁶²

Vapaa todistusharkinta merkitsee, että övervikt-periaatteen soveltaminen ei ole lähtökohtaisesti poissuljettua. Bolding huomauttaa, että Eckhoffin mukaan tämän periaatteen pitää olla lähtökohtana, mutta viittaa Ekelöfin näkemykseen,

1557 Bolding 1951, s. 94. Tosin hän esitti tämän vaatimattomasti lähimpänä olevaksi syyksi sille, ”att icke principen bör helt förkastas”. Väitteestä tuli myöhemmin kiistakohde.

1558 Bolding 1951, s. 98. Kursivointi Boldingin. Hän huomautti, että tosin tämäkään ei ole aina varmaa.

1559 Bolding 1951, s. 96.

1560 Bolding 1951, s. 98 – 99. Kursivointi Boldingin. Alaviitteestä 46 s. 99 ilmenee, ettei hän silti luovu mahdollisuudesta ilmaista asia siten, että övervikt-periaate antaa suurimman mahdollisuuden aineellisesti oikeaan tuomioon.

1561 Bolding 1951 s. 28 ja alaviite 36. Eräs hänen väitöskirjansa pääkysymyksistä oli klassisen todistustaakkakäsityksen ja övervikt-periaatteen keskinäisen suhteen selvittäminen.

1562 Bolding 1951, s. 99 ja s. 38. Bolding perustelee tätä väitettään s. 36 – 38 esimerkkitapauksella huutokaupasta, jonka jälkeen myyjä velkoo ostajalta 2000 kruunua huudon perusteella. Vaihtelemalla tilanteen olosuhteita ja todistusteemoja Bolding pyrkii osoittamaan, että jos oikeus soveltaa todistustaakkasääntöä eikä övervikt-periaatetta, se voi joutua perustamaan ratkaisunsa vaihtoehtoon, joka on vähemmän todennäköinen kuin toinen.

että Ruotsissa lienee yleisesti pidettynä lähtökohtana, että vaaditaan ”täysi näytö”, ellei laissa säädetä siitä, mikä näytön vahvuus on riittävä.¹⁵⁶³ Bolding pitää erityisen vaikeana ratkaista, onko olemassa ”ruotsalainen järjestelmä”, jonka mukaan periaatteessa vaaditaan ”täysi näyttö” tai ainakin tietty melko suuri näytön vahvuus jommallekummalle kahdesta toisiinsa yhdistämättömissä olevasta tosiseikasta.¹⁵⁶⁴

Boldingin mukaan ”Ekelöf ställer sig icke för egen del avvisande till överviktsprincipen, men anser att man bör ’vara försiktig med att eliminera problemet om bevisbördans fördelning’ genom tillämpning av densamma”.¹⁵⁶⁵ Ekelöf toimi Boldingin vastaväittäjänä, ja hänen yksityiskohtaista vastaväittäjän lausuntoaan käsittelen laajemmin jäljempänä.

Bolding käy läpi väitteitä, joiden mukaan övervikt-periaate pitäisi yleisesti hylätä. Ensimmäisenä hän torjuu väitteen, että periaate olisi epäilyttävä oikeusvarmuuden näkökulmasta.¹⁵⁶⁶ Toiseksi hän torjuu väitteen, että periaate pitäisi yleisesti hylätä suuren yleisön tai oikeudenkäyntiin liittyneiden henkilöiden oletettujen reaktioiden vuoksi; ei myöskään tule piilottaa kysymyksenasettelun

1563 Bolding 1951, s. 92 – 93 ja alaviite 32 s. 93. Ekelöf 1947, s. 11 ja 1952, s. 219 tarkoittaa ”täydellä näytöllä” ”en högre grad av sannolikhet för rättsfaktums existens”.

1564 Bolding 1951, s. 103. Hänen mukaansa ainakin voitiin *edellyttää*, että ”ingen fullt stadgad praxis förefinnes och att frågan om överviktsprincipens lämplighet står öppen för diskussion icke blott de lege ferenda utan även de lege lata.” Kursivointi Boldingin. Hän viittaa s. 99 – 100 myös Lassenin 1949, 200, näkemykseen. Lassen epäilee, pitääkö Ekelöfin väite ’ruotsalaisen näkemyksen’ olemassaolosta paikkaansa. Bolding varoittaa, ettei Lassenin lausumaa voida kuitenkaan ymmärtää väitteeksi, että tuomioistuimet olisivat taipuvaisia soveltamaan övervikt-periaatetta; voi ajatella, että ne voivat suoda itselleen tietyn vapauden näyttökynnyksen määrittämisessä, mutta kuitenkin *välttävät asettamasta todistustaakapistettä todennäköisyyssasteikon keskialueelle* (kursivointi Boldingin). Bolding asettaa kyseenalaiseksi, voiko olla oikein puhua ”ruotsalaisesta järjestelmästä” tässäkin merkityksessä.

1565 Bolding 1951, s. 93. Hän varoittaa alaviitteessä 34 kuitenkin, että Ekelöf kyseisessä kirjoituksessa oli painunut kyseiseen ongelmaan vain erittäin lyhyesti. – Boldingin viittaama Ekelöfin kannanotto oli vuonna 1947 julkaistussa artikkelissa, joka sisältyi Vilhelm Lundstedtin juhlaKirjaan, ks. Ekelöf 1947, s. 16. Varoitus varmaan pitää paikkansa, sillä vähän myöhemmin Boldingin vastaväittäjänä Ekelöf lausunnossaan selittää tarkastelleensa periaatetta ”med skepsis”: Ekelöf 1952, s. 220. Kyllä Ekelöf (1947 s. 16) itsekin mainitsee esimerkin tilanteesta, jossa hän ainakin ”skulle vilja ifrågasätta om den berörda sannolikhetsprincipen i detta fall erbjuder den lämpligaste lösningen. Om något praktiskt skäl ej kunde anföras för att viss part hade bevisbördan, skulle sålunda intresset av att domen får ett materiellt riktigt innehåll bli utslagsgivande.” (Käsittäakseni jälkimmäinen lause poistaa ifrågasätta-verbin kaksitulkintaisuuden.) Ekelöf viittasi tilanteisiin, jossa on aineellisia lainsäännöksiä, joiden suhteen ”täytyi tunnustaa”, että yhteiskunnan etu tulisi turvatuksi suunnilleen yhtä hyvin, jos säännösten sisältö olisi päinvastainen. Esimerkki koski riitaa, jossa toinen väitti sovitun tietyn irtaimen omaisuuden myynnistä, toinen taas vuokraamisesta. Vastaväittäjän lausunnossaan Ekelöf (1952, s. 220) toistaa käsittäakseni suunnilleen saman tilanteen hiukan eri sanoin (jos on yhtä vahvat tai yhtä heikot perusteet sijoittaa todistustaakkaa toiselle tai toiselle, övervikt voi hyvin mahdollisesti olla tarkoituksenmukaisin).

1566 Bolding 1951, s. 104 – 106. Väite oli esitetty siltä pohjalta, että todistusaineisto jäisi vajavaiseksi, ja hän torjui sen toteamalla, että aineiston vahvuudella ja periaatteen soveltuvuudella ei ole välttämättä yhteyttä keskenään. ”Jos oikeusvarmuuden kannalta virheelliset tuomiot ovat arveluttavampia toisen kuin toisen asianomaisen kannalta, on vahvoja syitä asettaa toiselle todistustaakka. Tällöin kysymys siirtyy asteikon toisella puolelle ja kysymys asetetaan muotoon, miten suuri näytön vahvuus tulee vaatia ja miten suuri vahvuus on käsillä. Jos virheellinen tuomio on oikeusvarmuuden kannalta kuitenkin yhtä arveluttava kumpaankin suuntaan, ei voida vedota oikeusvarmuus-perusteeseen. Todistustaakan asettamisella ei voida poistaa kaikkea mielivallan vaaraa tuomioistuimen taholta.” Bolding kysyy myös, eikö övervikt-periaatteen yleinen hylkääminen olisi oikeusvarmuuden näkökulmasta pikemminkin riski, kun ajatellaan periaatetta ”samanlaiset asiat on ratkaistava samalla tavalla”.

sisältöä turvautumalla ”väärän” todistustaakan muotoiluihin.¹⁵⁶⁷ Seuraavaksi Bolding lähtee Olivecronan¹⁵⁶⁸ vaatimuksesta, että todistustaakkasäännöt on muotoiltava niin, että ”oikeuspakko” tehdään riittävän tehokkaaksi ”sosiaalisen siviilioikeuden” toteuttamiseksi kokonaisuudessaan. Tuomarin on ratkaistava juttu vain esitetyn aineiston perusteella ja lähtien siitä taaksepäin, koska hän ei pääse kiinni todellisuudessa tapahtuneisiin oikeustositseikkoihin. Siksi tarvitaan perustunnusmerkistöä, vastatositseikkoja, toisen asteen vastatositseikkoja, ja siis asianosaisten vuorottelua näiden välillä.

Onko siis aina välttämätöntä kohdistaa todistustaakka jompaankumpaan asianosaiseen, jotta nämä seikat otetaan huomioon ja voidaan siis tehdä erottelu ”aineellisoikeudellisesti relevanttien tosiseikkojen” välillä jakamalla ne perustunnusmerkistöön, ensi asteen vastatositseikkoihin, toisen asteen vastatositseikkoihin ja niin edelleen? Bolding katsoo kuitenkin, että väite on väärä. Kyseisessä erottelussa on kysymys yksinomaan asianosaisten väittämistaakoista. Taakat eivät myöskään aina lankea yhteen. Ei ole välttämätöntä aina kohdistaa näyttövaatimusta jompaankumpaan asianosaiseen siinä tarkoituksessa, että relevantit faktat voitaisiin asianmukaisesti jakaa perustunnusmerkistöön ja eriasteisiin vastatositseikkoihin. *Nämäkään argumentit eivät edellytä övervikt-periaatteen yleistä torjumista.*¹⁵⁶⁹

Lopputuloksena Bolding väittää, että *sen vapauden, jonka laki oikeuskäytännölle antaa todistustaakkasäännön valitsemiseen eri juttujen laadun mukaan, tulee olla voimassa myös sen osalta, mikä koskee todennäköisyysasteikon keskialuetta.*¹⁵⁷⁰

Bolding pitää todistustaakkasäännön valinnassa sopivimpana tutkia ensin, missä määrin övervikt-periaate on tarkoituksenmukainen ratkaisu, ensinnäkin siksi, että *se muodostaa vähiten mielivaltaisen lähtökohdan, ja toiseksi siksi, että ne syyt, jotka voivat puoltaa erityisen näyttövaatimuksen (beviskrav) kohdistamista jompaankumpaan asianosaiseen, voidaan helpoimmin kohtuullisella tavalla arvioida, jos ne muotoillaan syiksi övervikt-periaatteen soveltamista vastaan.* Taustalla tulee olla koko ajan kysymys, miten oikeat ja virheelliset ratkaisut jakautuvat, jos soveltaa yhtä tai toista sääntöä.¹⁵⁷¹

Bolding käsittelee tunnettua esimerkkiä velkasuhteesta: velallinen väittää jo aikaisemmin maksaneensa, velkoja kiistää saaneensa maksua. Hän haluaisi asettaa kysymyksen, eivätkö monet todistustaakkakysymyksiä koskevat

¹⁵⁶⁷ Bolding 1951, s. 106 – 110.

¹⁵⁶⁸ Bolding 1951, s. 111 – 112 viittaa, paitsi Olivecronan teoksen Utsökning (Föreläsningar. Lund 1945) sivulle 121, myös teokseen Olivecrona 1930, s. 159.

¹⁵⁶⁹ Bolding 1951, s. 110 – 116. Kursivointi Boldingin.

¹⁵⁷⁰ Bolding 1951, s. 116. Kursivointi Boldingin.

¹⁵⁷¹ Bolding 1951, s. 116. Kursivointi Boldingin.

lausumat perustu liian suureen luottamukseen määrätyn todistustaakkasään-
nön epäsuorista vaikutuksista.¹⁵⁷²

Bolding ei kuitenkaan tarkoita, että lainkäyttäjän tulisi aina automaattisesti soveltaa övervikt-periaatetta, jos laissa ei ole todistustaakkasääntöä. Hän tiivistää ensinnäkin, että *se vapaus valita todistustaakkasääntö eri juttujen laadun mukaan, jonka laki antaa oikeuskäytännölle, koskee myös todennäköisyysasteikon keskialuetta*. Jos tarvitaan lähtökohtaa todistustaakkakysymyksen harkinnalle, vahvat syyt puoltavat sitä, että on käytännöllisintä valita lähtökohdaksi övervikt-periaate. Tällöin on kysyttävä, mitkä eri syyt on otettava huomioon, ja on suoritettava kokonaisharkinta. Boldingin mukaan on siinä soveliainta ensin tutkia, onko övervikt-periaate tarkoituksenmukainen ratkaisu. *Se on vähiten mielivaltainen lähtökohta ja ne syyt, jotka voivat puoltaa tietyn näyttövaatimuksen kohdistamista jompaankumpaan asianosaiseen, voidaan arvioida kohtuudella parhaiten, jos ne muotoillaan perusteiksi övervikt-periaatteen soveltamista vastaan*.¹⁵⁷³

Vastaväittäjä Ekelöf ymmärtää edellä sanotun näin: ”Hän esitti varauman, että periaate tulisi sovellettavaksi tuossa tilanteessa, elleivät vahvemmat syyt puolla sitä, että jommallekummalle asianosaiselle asetetaan todistustaakka. Jos asia on kuitenkin ensinmainitulla tavalla, oikeudella on myös siinä tilanteessa oikeus vapaasti arvioida, miten vahvaa näyttöä vaaditaan kyseisen asianosaisen väitteen hyväksymiseksi.”¹⁵⁷⁴

Bolding lausuu myös, että övervikt-periaate ei aina sovellu. Esimerkiksi rikosasiassa ei todennäköisyyden enemmyys voi yksin olla ratkaisevaa, vaan on otettava huomioon, että *väärä tuomio yhteen suuntaan voi olla suurempi haitta kuin väärä tuomio toiseen suuntaan*.¹⁵⁷⁵

10.2.3 Ekelöf vastaväittäjänä

Ekelöf suhtautui Boldingin tulkinnan mukaan siis varovaisen myönteisesti övervikt-periaatteeseen. Ekelöfin perusajatus oli, että todistustaakkasääntöjen on edistettävä aineellisten oikeussääntöjen toteutumista yhteiskunnassa ja tässä ohjattava kansalaisten käyttäytymistä; sitä ei vaadita, että jutuissa päästäisiin aineellisesti oikeaan lopputulokseen niin usein kuin mahdollista. Ekelöf on kritisoinut övervikt-periaatetta tilanteista, jotka ratkaistaan mahdollisimman pienellä eli 51 prosentin todennäköisyydellä.¹⁵⁷⁶ Jos todennäköisyys siitä, että

¹⁵⁷² Bolding 1951, s. 117 – 118.

¹⁵⁷³ Bolding 1951, s. 116. Kursivoinnit Boldingin.

¹⁵⁷⁴ Ekelöf 1952, s. 221.

¹⁵⁷⁵ Bolding 1951, s. 86 – 87. Kursivointi Boldingin.

¹⁵⁷⁶ Ekelöf 1947, s. 2. Tässä yhteydessä esitetty kritiikki, jonka ytimenä oli ajatus, ettei todistustaakkasääntöjä voi (ainakaan kokonaan) korvata tällä periaatteella, oli suunnattu pitkälti norjalaisille tutkijoille, kuten Kristen

teema on aiheuttanut todisteen (!), on 75 prosenttia, silloin ei tiedetä mitään todistusteeman olemassaolosta muissa 25 prosentissa tapauksista. Vaikka Ekelöf asetti todennäköisyysasteikkoonsa aluksi kolme + kolme, myöhemmin viisi + viisi todennäköisyysvyöhykettä, hän vierasti Boldingin vaatimusta ”nyansoimisesta”; lainsäädännön ja oikeuskäytännön perimmäisenä tehtävänä oli vai-
kuttaa kansalaisten käyttäytymiseen, eikä siinä tarvittu subtiilempiä – ja siten
vaikeammin käsiteltäviä – välineitä kuin oli tarpeen. Hän tunnusti näin:

”Jag har en känsla av att det ur denna synpunkt på det hela taget är fullt tillräckligt att man har att välja mellan att endera kräva fullt bevis för den ena eller den andra par-
tens ståndpunkt eller att godtaga det sannolikaste påståendet. Åtminstone kan man
uppställa detta som en huvudprincip samt tillämpa beviskraven antagligt, sannolikt
och uppenbart endast då så stadgas i lagen eller motiveras av klara ändamåsskäl.”¹⁵⁷⁷

Ekelöf korosti vastaväittäjän lausunnossaan, ettei hänen kritiikkinsä koske itse
sen todistustaakkaopin perusajatusta, jonka tulkiksi Bolding asettuu. Kysymys
on vain yhdestä –Boldingin näkemyksen modifikaatiosta, joka tosin on käytän-
nöllisestä näkökulmasta katsoen olennainen.¹⁵⁷⁸

Ekelöf esittää kuitenkin lausunnossaan monenlaista kritiikkiä övervikt-
periaatetta kohtaan. Kun oli väitetty, että periaate johtaa siihen, että ratkaisu
voidaan perustaa puhtaaseen arvaukseen, Bolding esitti,¹⁵⁷⁹ että epävarmuus oli
todistustaakkaääntöä sovellettaessa yhtä suuri, sen alue ei vain ollut keskellä
asteikkoa vaan toisaalla. Ekelöf piti Boldingin väitettä vääränä oikeustosisaik-
kojen suhteen, jotka tyypillisesti ovat hyvin vaikeita näyttää toteen. Ekelöfin
mielestä näiden kohdalla voi nimittäin lähteä siitä, että todistusarvopiste on
yleensä lähellä asteikon keskiosaa.¹⁵⁸⁰

Bolding väitti,¹⁵⁸¹ että övervikt-periaatetta soveltamalla vältetään usein vaikea
rajanveto tosiseikka- ja oikeuskysymyksen välillä, koska periaatetta sovelletaan
oltaessa epätietoisia, miten oikeuskysymystä on arvioitava. Ekelöf ei hyväksynyt
tätäkään väitettä ja viittasi esimerkkiin liikennetrikoksesta: jos on epäselvää
sekä se, onko autoilijan toimintaa pidettävä huolimattomana että se, onko hän

Andersenille, P. H. Digelle ja Torstein Eckhoffille, ks. s.1 – 2 ja 14. Samassa yhteydessä Ekelöf sivusi kysy-
mistä, saako lainkäyttäjää asettaa näyttökynnyksen ja millä perusteilla.

¹⁵⁷⁷ Ekelöf 1952, s. 224. Hän viittaa Boldingiin 1951 (”vrt.”) sivulle 172, jossa tämä käsittelee muun ohella adjek-
tiivia ”täysi” (”fulla skäl”, ”fullt bevis”), toteaa sen kaksimerkityksisyyden ja hylkää sen käyttämisen merki-
tyksessä ”korkea todennäköisyyden aste”, koska sellaista todennäköisyyttä ei periaatteessa tule vaatia. Niis-
sä tapauksissa, joissa pidetään mahdollisena ja sopivana erottaa todennäköisyyden asteita, riittää tavallinen
kielenkäyttö, josta Bolding nimeää termit ”antagligt”, ”sannolikt” ja ”uppenbart”.

¹⁵⁷⁸ Ekelöf 1952, s. 224.

¹⁵⁷⁹ Bolding 1951, s. 104.

¹⁵⁸⁰ Ekelöf 1952, s. 225.

¹⁵⁸¹ Bolding 1951, s. 99.

todella menetellyt tällä tavalla, on mahdollisimman pitkälle pidettävä toisistaan erossa nämä kysymyksenasettelut.¹⁵⁸²

Boldingin keskeinen argumentti oli,¹⁵⁸³ että övervikt-periaate varmistaa parhaiten toisaalta, että päästään aineellisesti oikeaan ratkaisuun, ja toisaalta, että väärät ratkaisut jakautuvat tasaisesti kyseisen kaltaisissa jutuissa. Näitä etuja voisi punnita niiden etujen kanssa, jotka tuottaa todistustaakan asettaminen yhdelle asianosaiselle. Esimerkkinä voi olla etu, että vahingonkorvaussanktioiden reparatiivinen ja preventiivinen teho vahvistuu, tai rikosjutussa etu, että kansalaisia varjellaan leimaavan sanktion uhalta, kun he eivät todellisuudessa tehneet mitään oikeudenvastaista tekoa. Se, että tällaiset näkökohdat puoltavat todistustaakan asettamista yhdelle asianosaiselle, olisi yhteydessä siihen, että väärät ratkaisut tämän asianosaisen haitaksi ovat tällöin vähemmän arveluttavia kuin sellaiset ratkaisut vastakkaiseen suuntaan.¹⁵⁸⁴

Ekelöf kuitenkin epäilee, pitävätkö nämä väitteet yleisesti ottaen paikkansa. Hän esittää seuraavat kaksi esimerkkiä.¹⁵⁸⁵

”Velallisella on todistustaakka maksun tapahtumisesta. Jos tuomioistuimet alkaisivat maksamisen jäätyä epäselväksi soveltaa övervikt-periaatetta, se saisi kovasti raskautetut velalliset huokaisemaan helpotuksesta (... komme hårt trängda gäldenärer att vädra morgonluft). Kun asianajajilla aikaisemmin oli tapana kehottaa luopumaan sellaisista maksuväitteistä, joille voitiin esittää vain heikkoja perusteita, asia muuttuisi. Oletetaan edelleen, että useimmissa oikeudenkäynneissä velkoja ei voisi esittää vahvempaa näyttöä siitä, että maksua ei ollut tapahtunut, kuin velallinen päinvastaisesta asiantilasta. Tuomioistuinten pitäisi silloin monissa oikeudenkäynneissä ratkaista hyvin puutteellisen näyttöaineiston perusteella, kumpi asianosaisten väitteistä olisi todennäköisin. Suunnilleen puolessa tapauksista katsottaisiin vaa’an kallistuvan toiselle ja toisessa puoliskossa toiselle puolelle. Tarkoittaisiko tämä sitä, että väärä tuomiot jakaantuisivat tasaisesti ja että niitä tulisi mahdollisimman vähän? Ilmeisesti ei. Useimmissa riitatilanteissahan ei maksua ole suoritettu. Koska *tyypillisesti katsoen vastaajataho olisi väärässä, mutta tämä voitaisiin vahvistaa vain harvoin*, övervikt-periaatteeseen siirtyminen olisi johtanut väärin tuomioiden lukumäärän kasvamiseen, varsinkin velkoja-asianosaisen vahingoksi.

Toinen esimerkki koskee tilannetta, jossa erityisesineen kaupassa on syntynyt myyjän viivästys, mutta jää epäselväksi, onko se hänen syytään. Oletetaan kauppalaain 23 §:ää muutetun niin, että tätäkin tilannetta arvioitaisiin övervikt-periaatteen

¹⁵⁸² Ekelöf 1952, s. 225.

¹⁵⁸³ Bolding 1951, s. 94.

¹⁵⁸⁴ Ekelöf 1952, s. 226. Hän viittaa Boldingiin 1951, sivuille 90 ja 117.

¹⁵⁸⁵ Ekelöf 1952, s. 226 – 227. Kursivoinnit Ekelöfin.

mukaan. Lainmuutos tuskin johtaisi riitatilanteiden määrän suurehkoon kasvuun. Liike-elämässä myyjien intressi saisi heidät yleensä pidättymään tilanteen käyttämisestä omaksi hyödyksi. Edelliseen esimerkkiin verrattuna on lisäksi se eroavuus, että velalliset, jotka eivät ole maksaneet erääntynyttä velkaa, suhteellisesti useammin ovat huonoissa varoissa kuin viivästykseen joutunut myyjä. Ja niissä tilanteissa, joissa myyjä on joutunut ahdinkoon, kyseisellä vahingonkorvausvelvollisuudella on yleensä toisarvoinen merkitys hänen taloudelliselle asemalleen. Edellisen esimerkin tapaista vaaraa väärien tuomioiden lukumäärän kasvamisesta ei tässä tapauksessa ilmene. Tälle tilanteelle on kuitenkin ominaista eräs toinen seikka. *Myyjällä on tyypillisesti katsoen hallussaan todistusaineisto siitä, onko hän aiheuttanut viivästyksen tuottamuksellaan vai ei.* Usein hänellä lieenee mahdollisuus näyttää toteen seikkoja, jotka puoltavat hänen huolellista menettelyään, samoin kuin salata sellaisia seikkoja, jotka osoittavat hänen menetelleen tuottamuksellisesti. Ostajalla on vähäiset mahdollisuudet paljastaa näitä seikkoja. Tässäkin tapauksessa siirtyminen övervikt-periaatteeseen johtaisi siten väärien tuomioiden lukumäärän epätasaiseen jakautumiseen. Mutta syynä siihen olisi tässä tapauksessa se, että *todistusaineisto tyypillisesti katsoen olisi vinoutunut.*¹⁵⁸⁶

Ekelöf myöntää, että kuvaus övervikt-periaatteeseen siirtymisen vaikutuksesta sisältää monia epävarmoja kohtia, mutta on mahdollista tai jopa uskottavaa, että vaikutus olisi suunnilleen esitetyn kaltainen. Tämä saa Ekelöfin epäilemään Boldingin väitteiden paikkansapitävyyttä. Ekelöf huomauttaa, että Boldingin esimerkit ovat melkein kaikki rikosjutuista, statusprosesseista ja sopimuksenulkoista vahingon aiheuttamista koskevista riidoista; hän ei ylipäätään käsittele juuri lainkaan sopimusoikeuden todistustaakkaongelmia, vaikka velvoiteoikeudessa ne ovat vaikeimpia.¹⁵⁸⁷

Kun Bolding¹⁵⁸⁸ kyseenalaistaa sen, vaikutetaanko todistustaakkasääntöjen soveltamisella tuomioistuimissa juurikaan ihmisten käyttäytymiseen, Ekelöf myöntää, että joissakin tapauksissa on enemmän toivetta kuin realismia, että lainsäädännöllä ja oikeuskäytännöllä vaikutetaan ihmisten käyttäytymiseen odotetulla tavalla. Mutta kokonaisuutena katsoen hän uskoo Boldingin aliarvioivan sen käytännön merkityksen, joka on sillä, että voimassa olevan oikeuden yksityiskohdatkin on muotoiltu tarkoituksenmukaisesti. Vaikka velallisen todistustaakkasääntö maksamista koskien mahdollisesti saattaisi aiheuttaa velallisille vain vähäistä painetta maksaa vapaaehtoisesti, tämä voi kuitenkin olla aivan hyväksyttävä perustelu säännölle. Suunnilleen vastaava koskee muutoin myös

¹⁵⁸⁶ Ekelöf 1952, s. 226 – 227. Kursivoinnit molemmissa esimerkeissä Ekelöfin.

¹⁵⁸⁷ Ekelöf 1952, s. 227.

¹⁵⁸⁸ Bolding 1951, s. 98 ja 118.

övervikt-periaatetta, sikäli kuin se johtaisi väärrien tuomioiden mahdollisimman vähäiseen määrään ja niiden tasaiseen jakautumiseen.¹⁵⁸⁹

Ekelöf esittää oman lähtökohtansa todistustaakan ja -vaatimuksen määrittämiselle:

”Då det ej är något självändamål att domar äro riktiga, måste ju överviktsprincipen motiveras av att genom dess tillämpning domstolarnas verksamhet påverkar allmänhetens beteende i önskvärd riktning.”¹⁵⁹⁰

Ekelöf tuo esiin, että tässä esitettyä käsitystä vastaan voidaan esittää väite, jota Bolding ei kirjassaan kylläkään tuo esiin mutta joka on johdonmukainen seuraus eräistä hänen lausumistaan. Useissa kohdissa Bolding varoittaa aliarvioimasta sellaisten seikkojen todistusarvoa, jotka ovat tyypillisiä määrätyn laatuksille jutuille. Ekelöf ottaa esimerkiksi tilanteen, jossa velallisella ei ole esittää kuittia jutuissa, joissa hän väittää maksaneensa. Jos hänellä on kuitti, harvoin tulee oikeudenkäyntiä. Nykyään on tapana sen sijaan varoittaa yliarvioimasta sellaisen seikan näyttöarvoa. Syynä tähän voidaan esittää, että vaikka lähes kaikki velalliset, joilta puuttuu kuitti, ovat jättäneet maksamatta, samaa ei voi sanoa siitä rajallisesta ryhmästä näitä velallisia, jotka huolimatta kuitenkin puuttumisesta *väittävät* maksaneensa. Asia olisi ainakin näin, jos todistustaakka maksusta on velallisella.¹⁵⁹¹

Ekelöf arvioi, että jos övervikt-periaatetta alettaisiin soveltaa maksukysymykseen, on todennäköistä, että väärrien maksuväitteiden määrä aluksi nousee. Se, että taloudellisissa vaikeuksissa olevat velalliset entistä useammin yrittävät päästä vapaiksi väittämällä totuudenvastaisesti jo maksaneensa, on kuitenkin tekijä, joka tuomioistuimien on otettava huomioon *todistusharkinnassa*. Toisin sanoen niiden tulee antaa kuitenkin puuttumiselle suurempi näyttöarvo kuin jos todistustaakka maksusta olisi velallisella. Jos tilanne tulee tällaiseksi, *tulee kuitenkin aikaisempi suhde oikeiden ja väärrien tuomioiden välillä ja jälkimmäisten aikaisempi jakautuma palautetuksi entiselleen*. Vastaava päättely voidaan tehdä myyjän viivästystä koskevan esimerkin suhteen. Vaikka jutussa esitetty näyttö puhuu myyjän eduksi, voidaan ajatella, että myyjällä on paljon parempi

¹⁵⁸⁹ Ekelöf 1952, s. 227.

¹⁵⁹⁰ Ekelöf 1952, s.227. Tässä yhteydessä Ekelöf arvostelee jälleen Boldingia siitä, että tämän suosituksia saat-
taa toisinaan leimata subtileetti, jolla tuskin voi olla vaikutusta oikeussäännösten käytännölliseen tehoon.
Ekelöf viittaa erityisesti Boldingin vaatimukseen näyttökynnyksen ”nyansoinnista” erilaatuissa jutuissa. -
Ekelöf ei siis näytä oikein suosivan näyttökynnyksen vaihtelua edes juttutyypeittäin (saati från mål till mål?).

¹⁵⁹¹ Ekelöf 1952, s. 227 – 228. Ekelöf viittaa Boldingin 1951, sivulle 79, jossa tämä tuo esiin useasti myöhemmin-
kin käyttämänsä ratkaisun NJA 1948 s.554 turkin luottokaupasta, jossa ostaja väitti saaneensa 10 vuoden
maksuajan, ja alioikeuden tuomion, jossa katsottiin ostajan väittämien maksuehtojen olleen niin epätavalli-
sen edulliset, että todistustaakka asetettiin ostajalle, ja jossa luottoaikaa koskevien tietojen ei katsottu tulleen
edes jossain määrin vahvistetuiksi jutussa esiin tulleen perusteella. Bolding arvosteli sitä, että epätavalliset
maksuehdot tulivat otetuiksi huomioon sekä todistustaakan asettamisessa että todistusharkinnassa.

mahdollisuus esittää – ja tuottaa – näyttöä kuin ostajalla. Säännönmukaisesti tämän tulisi johtaa siihen, että myyjän näyttöä tarkasteltaisiin sellaisella varauksella, että jos se ei olisi erityisen vahvaa, se jätettäisiin huomiotta.¹⁵⁹²

Ekelöf kysyy, pitävätkö edellä olevat päättelyt paikkansa, ja vastaa, ettei uskalla antaa täsmällistä vastausta. Boldingin övervikt-periaatteen puolesta esittämän argumentaation arviointi riippuu ennen kaikkea siitä, miten asennoidutaan tiettyihin *vapaan todistusharkinnan* ongelmiin. Sillä, että velalliselta puuttuu kuitti ja että myyjä hallitsee omaa huolimattomuuttaan koskevaa todistusaineistoa, on tietty todistusarvo. Ekelöf kysyy kuitenkin, eikö jotakin perää voi olla seuraavassa päättelyssä. Oletetaan, että myyjä on esittänyt tietyn näytön huolellisesta menettelystään ja että ostaja ei ole voinut esittää vastanäyttöä. Ellei myyjän näyttö ole hyvin heikkoa, Ekelöf uskoo sellaisissa tilanteissa yleensä olevan väärin hylätä kanne sillä perusteella, että myyjän näytön ”neutralisoi” se, että hän hallitsee todistusaineistoa. Oikeudeltahan voi täysin puuttua kiinnelkohdat sen arvioimiseen, salaako myyjä *esillä olevassa tapauksessa* tietyt seikat vai ei. Sellaisessa tilanteessa ei ole perustetta olla hyväksymättä näyttöä vain siksi, että se on heikkoa. Myös näyttö, joka *sellaisenaan* näyttää vahvalta, voi antaa todellisuudesta väärän kuvan, kun tietyt seikat pidetään tuomioistuimelta piilossa. Tämä liittyy siihen, että tuomioistuimen on olennaisesti perustettava käsityksensä *esitettyyn* todistusaineistoon. Ei voi ottaa enemmän huomioon, että todennäköisesti on olemassa muuta näyttöä, joka puhuu vastakkaiseen suuntaan, koska ei lainkaan tiedetä, mistä tämä näyttö *esillä olevassa tapauksessa* koostuu. Vaikka oikeus tietää, että kyseisen laatuissa riitatilanteissa myyjä yleensä on syyllinen viivästykseen, se tulee katsomaan, että näyttö painaa enemmän myyjän hyväksi. Muussa tapauksessa todistusharkinnan tulos muodostuisi yhtä *sattumanvaraiseksi* kuin jutuissa, joissa ei ole esitetty mitään näyttöä myyjän tuottamuksesta tai joissa kantajan ja vastaajan näyttö tästä painaa suunnilleen yhtä paljon.¹⁵⁹³

Ekelöf muistuttaa, että lähin käsillä oleva perustelu monille laissa säädetyille tai yleisesti tunnustetuille todistustaakkasäännöille on, että ne estävät syntymästä suhteellisen suurta lukumäärää vääriä tuomioita, jotka kuormittaisivat ennen kaikkea yhtä asianosaista. Näitä ovat edellä mainituista tapauksista ilmenevät säännöt. Ajatus on, että taakan sijoittaminen veloitetulle saa aikaan, että tämä yleensä täyttää velvollisuutensa ilman, että oikeutettu *tyypillisesti katsoen* saa mahdollisuutta hyötyä hänen kustannuksellaan. Velallinenhan voi maksaessaan aina edellyttää, että velkoja antaa kuitin, ja kun myyjä huomaa joutuneensa viivästykseen, hän kaiketi yleensä voi varmistaa näyttöä omasta

1592 Ekelöf 1952, s. 228. Ekelöf viittaa tässä Boldingin 1952, sivulta 124 alkavaan alaviitteeseen 98. Se käsittelee kuitenkin lähinnä robustiutta (jos määrätyn todistelun saatavuus tiedetään vaikeaksi, siitä tulee Boldingin mukaan seurata, ettei todennäköisyysarvioinnissa tehdä johtopäätöksiä siitä, ettei sitä ole esitetty).

1593 Ekelöf 1952, s. 228 – 229. Kursivoinnit Ekelöfin.

menettelystään. Bolding esittää,¹⁵⁹⁴ että velvoitetun tulisi kai yleisesti katsoen käyttää hyväkseen näitä mahdollisuuksia silloinkin, kun övervikt-periaatetta sovellettaisiin. Päätelyssä ratkaisevaa on Ekelöfin mukaan kuitenkin se, että samalla kun *todistustaakan sijoittaminen velvoitetulle luo lisää turvallisuutta oikeutetulle, se ei tyypillisesti katsoen aiheuta turvattomuutta edelliselle*. Tähän verrattuna on vailla merkitystä, miten on asianlaita väärin ratkaistujen riitatilanteiden suhteen:

”Att en och annan gäldenär, som underlätit att säkra bevisning om att han betalt eller som förlorat sitt kvitto, måste betala två gånger, medför ingen otrygghet för gäldenärer i allmänhet och har sålunda ingen menlig effekt på kreditlivet. Det kan ju inte inverka hämmande på detta att gäldenärer se sig tvungna att begära kvitto eller på annat sätt säkra bevisning om att betalning skett.”¹⁵⁹⁵

Ekelöf toteaa, että edellytyksenä edellä olevalle päättelylle on, että velalliset saisivat övervikt-periaatetta sovelletessa merkittävän tilaisuuden päästä vapaiksi tekemällä vääriä maksuväitteitä, koska velkojalla olisi vaikeuksia esittää näyttöä siitä, että maksua ei ole tapahtunut. Jos tämä edellytys olisi väärä, voi syystä kysyä, onko olemassa mitään merkittävää syytä sille, että todistustaakka olisi velallisella. Sama koskee monia muita yleisesti omaksuttuja todistustaakka-sääntöjä. Kysymyksellä on siten hyvin suuri merkitys. Ekelöf ei pidä Boldingin perusteluja kuitenkaan vakuuttavina.¹⁵⁹⁶

Vaikka osoittautuisi, että övervikt-periaate ei tulisi niin sovelletuksi kuin Bolding on kuvitellut, tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että se pitäisi kokonaan hylätä. Ekelöf viittaa jälleen aikaisemmin esittämäänsä mahdollisuuteen soveltaa sitä, kun suunnilleen yhtä vahvat – tai yhtä heikot – syyt puoltavat todistustaakan sijoittamista jommallekummalle asianosaiselle. Kun Bolding katsoo sillä olevan paljon laajempi merkitys, hän ei ole antanut tälle käsitykselle mainittavasti huomiota.¹⁵⁹⁷ Ekelöfin mielestä tämä on valitettavaa, sillä hänen mukaansa tästä voidaan ajatella löytyvän soveliaain ratkaisu useimpiin riitaisimmista todistustaakkaongelmista. Näkemysten meneminen ristiin ja se, että ei ole voitu päästä yhteisymmärrykseen, voi nimittäin johtua juuri siitä, että syyt taakan asettamiseen jommallekummalle painavat suunnilleen yhtä paljon. Ekelöf ottaa esimerkiksi kysymyksen, kenellä on todistustaakka tuottamuksesta vahingonkorvausjutussa:

¹⁵⁹⁴ Ekelöf viittaa Boldingin sivulle 118.

¹⁵⁹⁵ Ekelöf 1952, s. 229. Kursivoinnit Ekelöfin.

¹⁵⁹⁶ Ekelöf 1952, s. 229 – 230.

¹⁵⁹⁷ Ekelöf viittaa Boldingin sivulle 102.

”Periaatteessa taakan katsotaan Ruotsin oikeudessa olevan vahingonkärsijällä, kun Norjan oikeudessa asia on päinvastoin. Oletetaan kahden pyöräilijän, A:n ja B:n törmäävän toisiinsa mäen päällä ja B:n loukkaantuvan. B vaatii kanteella vahingonkorvausta A:lta, joka kiistää aiheuttaneensa B:n vahingot ajamalla huolimattomasti. Sitä, miten tämän asian laita oli, ei jutussa voida näyttää toteen. Perusteena todistustaakan asettamiselle vastaajalle voidaan tietysti tuoda esiin, että sillä tavalla vahvistetaan vahingon korvaamisen pakon preventiivistä ja reparaatiivista vaikutusta. Toisaalta tämän ratkaisun epäkohtana on, että pyöräilijät voivat joutua kärsimään vahingonkorvausvaatimuksista, vaikka ovat noudattaneet kaikkea välttämätöntä huolellisuutta. Lisäksi toinen osapuoli ei voi tässä tapauksessa tyypillisesti katsoen helpommin varmistaa näyttöä onnettomuudesta kuin toinenkaan. Sellaisissa olosuhteissa ei vaikuta mitenkään kohtuuttomalta, että övervikt-periaate olisi sovelias ratkaisu ongelmaan. Tässä tapauksessa on selvästi perusteltua olettaa, että periaate johtaisi siihen, että väärin tuomioiden lukumäärä jäisi niin pieneksi kuin mahdollista ja että nämä jakaantuisivat asianosaisten kesken niin tasaisesti kuin mahdollista. Silloin tätä koskeva intressi olisi ratkaiseva, ellei olisi painavampia syitä todistustaakan asettamiselle jommallekummalle asianosaiselle.”¹⁵⁹⁸

Ekelöfin mielestä todistustaakkaopissa pitäisi ryhtyä tutkimaan, missä määrin övervikt-periaatetta voidaan soveltaa edellä mainituissa ja muissa samanlaatuissa jutuissa. Hän ei yllättyisi, jos niiden määrä osoittautuisi huomattavan suureksi. Lisäesimerkkinä voidaan mainita kysymys, miten on meneteltävä, kun jää selvittämättä, oliko esimerkiksi taloa koskevan rakentamissopimuksen yhteydessä sovittu määrätystä hinnasta vai ei. Täysistuntoratkaisussa NJA 1951:1 14 jäsentä katsoi, että sillä asianosaisella, joka väittää jälkimmäistä, on todistustaakka tästä, kun taas seitsemän jäsentä asetti todistustaakan vastapuolelle. Tässä tapauksessa voidaan kuitenkin ajatella, että on turvauduttava todistustaakkasääntöön, vaikka perusteet todistustaakan asettamiselle toiselle sopimuspuolelle eivät ole sen vahvemmat kuin sen asettamiselle toiselle. Sopimusoikeudessa voi todistustaakkasäännön soveltamisella olla se etu, ettei molemmissa osapuolia rasiteta todisteiden varmistamistoimilla.

¹⁵⁹⁸ Ekelöf 1952, s. 230.

10.3 Periaatteen arviointia oikeuskirjallisuudessa - pro et contra (Ruotsi / Norja / Suomi)

10.3.1 Ruotsi

10.3.1.1 Bolding 1990 (Rätt och sanning –symposiumi 1989) ja 1989 (Går det att bevisa?)¹⁵⁹⁹

Bolding toteaa,¹⁶⁰⁰ että nykyään oikeuskäytäntö on joustavampi operoimaan matalilla näyttökynnyksillä ja ylipäättään käyttämään nyansointia todistusoikeudessa, ja mainitsee esimerkkinä ratkaisun NJA 1982 s. 472. Silti mielipiteet edelleen eroavat. Pitääkö olla normaalitilanne, että käytetään todistustaakkasääntöjä, joihin liittyy suhteellisen korkeita näyttökynnyksiä? Voidaanko pitää hyväksyttävänä, että tietyissä tapauksissa tyydytään övervikt-todennäköisyyteen? Doktriinissa näkemykset ovat menneet suuresti hajalle. Olivecronan teoksen ”Beviskyldigheten och den materiella rätten” (1930) voi sanoa muodostaneen perustan realistisemmille, vähemmän dogmaattisille katsantokannoille todistusoikeuden ja sen yhteiskuntafunktioiden suhteen. Olivecrona pysytteli kuitenkin niin korkealla yleistyksen tasolla, että hänen ei tarvinnut välttämättä kaikissa tilanteissa tarkentaa, mitä lähemmin oli määrä tarkoittaa termeillä ”styrka” ja ”bevisa”. Hän ei tehnyt eroa todistus- ja väittämistaakan välillä. Olivecrona piti todistustaakkasääntöjä (näyttövelvollisuutta) lähinnä välineenä toteuttaa ”suksessiivisen relevanssin periaatetta”, jota hän käsitteli edelleen kirjassaan ”Rätt och dom” 1960. Juuri tämä katsantokanta avasi uusia, tärkeitä perspektiivejä. Boman on kuitenkin vakuuttavasti osoittanut, että lähemmin sanoen juuri väittämistaakkasääntöjen – ei todistustaakkasääntöjen – kautta oikeustositseikat saavat prosessissa suksessiivisen relevanssinsa. Se, että yhdellä asianosaisella on väittämistaakka, ei tarvitse välttämättä merkitä, että tällä asianosaisella on myös todistustaakka kysymyksessä olevan tosiseikan osalta.

Boldingin mielestä on tätä taustaa vasten pakko todeta, ettei Olivecronan argumentaatio johda mihinkään määrättyyn kannanottoon siitä, että näyttökynnyksen tulee olla tietyllä tavalla korkea.¹⁶⁰¹ Olivecronan esimerkki¹⁶⁰² ”hevosista

1599 Rätt och sanning -symposiumi pidettiin toukokuussa 1989 ja kokoelmakirja alustuksista julkaistiin vuonna 1990. Bolding julkaisi kirjansa Går det att bevisa? jo vuonna 1989. Materiaali on osin samaa. Viittaan kirjoihin painovuoden mukaan.

1600 Bolding 1990, s. 109 – 110. ”Nykyään” on 1989 eli hän vertaa aikaa 30 vuotta sitten.

1601 Bolding 1990, s. 109 -110.

1602 Selostan ”hevoset laidunhaassa” -esimerkin tosiseikaston tämän jakson 10.3.1.1 lopussa. Bolding 1989, s. 99 – 100 esittää sen yksinkertaistaen. Esimerkki on Olivecronan Rätt och dom -teoksen 1. painoksessa s. 220 vuodelta 1960, mutta sitä ei enää löydy saman teoksen 2. painoksesta vuodelta 1966. Boldingin tavoin myös Ekelöf 1977, s. 110 alaviitteessä 140 katsoo, ”jos on ymmärtänyt Olivecronan oikein”, että tämä kannattaa övervikt-periaatteen soveltamista esimerkkiinsä, vaikka ei käytä sitä ilmaisutapaa

laidunhaassa ” osoittaa, että tämä oli tietyissä tapauksissa jopa taipuvainen hyväksymään övervikt-periaatteen: ”Man får gå efter vad som i betraktande av alla omständigheter framstår såsom mest sannolikt.”

Bolding käsittelee tilanteita, joissa on paikallaan korkea tai matala näyttökynnys. Hän toteaa Ekelöfin suosittavan näytön vahvuuden ”normaalivaatimuksen” asettamista jonnekin ”todennäköisen” ja ”ilmeisen” (uppebart) välille. Joissakin tilanteissa kynnystä täytyy terävöittää normaalivaatimuksen yli, toisissa näyttöhelpotus voi tulla kysymykseen, ja poikkeuksellisesti voidaan soveltaa övervikt-periaatetta.. Ekelöfin perustelu tälle järjestelylle on, että sen toteuttaminen edistäisi aineellisten sääntöjen ”läpilyöntivoimaa yhteiskuntaelämässä” ja että tähän päämäärään pääsemiseksi saisi hyväksyä, että oikeudenmukaisuuden toteutumisesta yksittäisessä tapauksessa ei täysin voitaisi pitää kiinni.¹⁶⁰³

Bolding kysyy, miten vahva – ja miten yleistettävissä oleva – tämä argumentti on, ja toteaa, että tässä kohdataan kysymyksiä, jotka ovat lähinnä sosiaalipsykologisia. Miten levinnyt juristien piirin ulkopuolella on tietoisuus todistustaakkasäännöistä ja näyttökynnyssäännöistä? Missä määrin voidaan ajatella vaikutettavan kansan käyttäytymiseen nyansoimalla näyttökynnystä jollakin tavalla? Entä toinen kysymys, ”oikeudenmukaisuus yksittäisessä tapauksessa”: onko todella olemassa jotain, jolla on merkitystä pelkästään yksittäisissä tapauksissa? Eikö ole mahdollisesti niin, että yleiset sosiaaliset arvostukset ovat sidoksissa kysymykseen siitä, missä määrin tuomioistuinten, päästäkseen tiettyihin sanktiointitavoitteisiin, tulee käyttää näyttökynnyssääntöjä, jotka vähentävät mahdollisuuksia siihen, että ne ratkaisevat oikein yksittäisissä tapauksissa, Bolding kysyy. Hän ei tällä halua kiistää Ekelöfin esittämiä argumentteja, mutta ihmettelee, ovatko argumentit todella niin yleistettävissä kuin tämä näyttää edellyttävän.¹⁶⁰⁴

Bolding pohtii rikosjuttujen näyttökynnystä: onko mahdollista, että näkemykset rikosjuttujen suhteen ovat liian suuressa määrin saaneet heijastuksia riitajuttujen näkemyksistä? Rikosjutuissahan korkea näyttökynnys on kohdistettava siihen henkilöön, yleensä syyttäjään, joka aloittaa oikeudenkäynnin ja esittää, että toinen, syytetty, on tuomittava rikosoikeudelliseen seuraamukseen. Miksi saman ei tulisi koskea kantajaa, kun tämä riitajutussa vaatii siviilioikeudellista seuraamusta vastaajalle? Miksi tämä päättely ei päde, vaikka se vaikuttaa pinnalta katsoen hyvin houkuttelevalta, eli mikä tekee tilanteen rikosjutuissa niin erityiseksi, Bolding kysyy. Hän uskoo parhaaseen vastaukseen päästävän panemalla merkille, että todistustaakassa ja näyttökynnyksessä on kysymys erehdysriskistä ja siitä, miten tämä riski on jaettava. Erehdystä ei voida koskaan sulkea pois oikeuskäytännöstä kuten ei muualtakaan. Rikosjutuissa erehdys voi

¹⁶⁰³ Bolding 1990, s. 110 ja 1989, s. 120 ja 108.

¹⁶⁰⁴ Bolding 1990, s. 110 – 111 ja 1989, s. 121.

johtaa joko virheellisesti vapauttavaan tai virheellisesti langettavaan tuomioon, ja ennen kaikkea jälkimmäisiä pitää estää. Riitajutuissa kysymyksenasettelut ovat aivan toisella tavalla komplisoituja ja huomiota ja nyansointeja voivat vaatia erilaiset argumentit, jotka ovat osin ristiriitaisia, usein hämmentävällä tavalla samanaikaisesti samassa jutussa aktualisoituvia.¹⁶⁰⁵

Bolding toteaa, että sellaiset argumentit voivat vaihdella suuresti sekä painoarvoltaan että ulottuvuudeltaan, ja erityinen komplikaatio on siinä, että niiden relevanssi voi rajoittua presumptiovaikutukseen, so. vaikutukseen, joka edellyttää, että jokin tietty todistustosisasia on tuotu prosessiin. Prosessioikeudellisista lähtökohdista ei pidä suositella mitään yleistä – tai edes mihinkään suurempaan määrään tyyppitapauksia tarkoitettua – käyttökelpoista ratkaisua näyttökynnyksen ongelmaan. Käytännön oikeudellisen elämän eri alueiden intressit tunkevat esiin, eikä prosessioikeudella ole mitään välinettä seuloa niitä. Prosessualisti voi sen sijaan esittää näkökohtia siitä, miten kysymyksiä tulee asettaa näyttökynnykskysymysten ollessa tuomioistuinympäristössä ajankoh-
taisia. Mitä tarkoitetaan, kun kohdistetaan näyttökynnys jompaankumpaan asianosaaiseen? Saadaan aikaan tietty erehdysriskin jako. Tässä tapauksessa se on vinojako, mikä merkitsee, että se, johon näyttökynnys kohdistetaan, joutuu kantamaan suuremman osan riskistä, riippuen enemmän tai vähemmän näyttökynnyksen korkeudesta. Jos ei haluta saada aikaan minkäänlaista vinojakamaa – eikä siis suosia kumpaakaan asianosaista – niin on mahdollisuus turvautua övervikt-periaatteeseen, joka tarkoittaa, että todennäköisyyden vahvuus on määräävä lopputulokselle.¹⁶⁰⁶

Periaatetta ei Boldingin mukaan voida missään tapauksessa suositella min-
käänlaiseksi pääperiaatteeksi, jos tällä tarkoitetaan, että se olisi käyttökelpoi-
nen erityisen suuressa juttumäärässä. Rikosjutuissahan se ei voi tulla lainkaan
kysymykseen. Se ei myöskään kelpaa pääsäännöksi riitajuttuihin, koska myös
riitajutuissa ilmeisesti on vahvoja perusteita jakaa erehdyksen riski epätasai-
sesti, esimerkiksi ottaen huomioon yhteiskunnan vakaus. Mutta *rakenteeltaan*
'neutraalina' sääntönä se voi palvella eräänlaisena pohjana todistustaakan si-
joittamista ja näyttökynnyksen korkeutta koskevalle harkinnalle. Se on aina
vaihtoehtona käytettävissä, kun todistustaakka-argumentointi horjuu. Ehkä
paras tapa mitata todistustaakka-argumentin vahvuus on kysyä: ”Mitkä ja miten
vahvat syyt voivat puoltaa sitä, että virheriski tulee jakaa toisin kuin tasajakona
asianosaisten kesken?”¹⁶⁰⁷

Bolding esittää övervikt-periaatteen sovelluskohteena Olivecronalta lai-
naamansa esimerkin ”hevokset laidunhaassa”, ja palovakuutusta koskevan

1605 Bolding 1990, s. 111 ja 1989, s. 127 ja 100.

1606 Bolding 1990, s. 111 – 112.

1607 Bolding 1990, s. 112 ja 1989 s. 127. Kursivointi tässä JR.

esimerkkinsä.¹⁶⁰⁸ Bolding huomauttaa, että nämä eivät osoita muuta kuin että övervikt-periaate voi olla käytännöllisesti sovellettavissa tapauksissa, joita eräällä tavalla leimaa kompromissi.¹⁶⁰⁹

10.3.1.2 Myöhempi Ekelöf 1977

Ekelöf toistaa kantansa, ettei övervikt-periaatetta voida pitää minkäänlaisena riitajuttujen pääsääntönä. Hän siteeraa kuitenkin tarkoin Boldingin väitöskirjassaan esittämän vauvan vaihtuminen -esimerkin¹⁶¹⁰ ja suhtautuu siinä övervikt-periaatteeseen hyväksyvästi.¹⁶¹¹ Ekelöfin mukaan on kuitenkin monitahoinen ja kiistelty asia, missä määrin övervikt-periaatetta tulee tavallisemmissa jutuissa soveltaa. On viitattu siihen, että ratkaisusta voi tulla puhdas arvaus, mutta toisaalta on sanottu, että niin voi käydä, mihin todistustaakkapiste sitten asteikolla sijoitetaankin. Jos asianosaista vaaditaan vahvistamaan väitteensä, joudutaan ottamaan huomioon, että voi olla epävarmaa, miten tämä näytön vahvuus saavutetaan tai ei saavuteta. Ero on vain siinä, että epätietoisuus on eri kohdassa asteikolla. Ekelöf huomauttaa 51/49-tilanteesta eikä pidä sitä hyvänä. Hyvin heikko näyttö osoittaa vain, että todistusteema pitää paikkansa esimerkiksi yhdessä ainoassa tapauksessa, kun taas muista 99 tapauksesta ei tiedetä mitään. On siis otettava huomioon mahdollisuus, että todistusteema ei pidä paikkaansa valtaosassa näitä tapauksia. Sillä tavoin ei oikeustositseikka tule näytetyksi. Övervikt-periaate ei liioin takaa, että tulevissa oikeudenkäynneissä lopputulos on mahdollisimman oikea.

1608 Bolding 1989, s. 99 – 100 ja 125 – 126. Kaksi hevosmiestä olivat kumpikin tuoneet yhden hevosen vuokralle kesälaitumelle. Hevosmiesten välille syntyi syksyllä riita vuokralaitumella olleesta hevosesta, kauniista raudikosta. Laidunhaan vuokraaja ei suostunut luovuttamaan hevosta kummallekaan ennen riidan ratkaisua. Hevosmiehet vaativat raudikkoa kanteella ja vastakanteella kumpikin itselleen. Tässä Boldingin mukaan sovelti övervikt-periaate: ei ollut tarpeen suosia kumpaakaan laittamalla todistustaakka vastapuolelle. Pie-ninkin övervikt riittäisi. Tämä tilanne on Boldingin mukaan kuitenkin harvinainen; tavallisempi on tilanne, jossa erilaiset perusteet puoltavat taakan asettamista eri puolille (s.125 – 126). Esimerkkinä tästä Boldingilla on teollisuuslaitoksen tulipalo. Vastakkain ovat laitoksen omistaja ja vakuutusyhtiö, ja riita koskee sitä, miten paljon tavaraa varastossa oli ollut. Boldingin mukaan omistajalle asetettu taakka vaikuttaa sikäli perustellulta, että vakuutustoiminnalle olisi kohtalokasta, jos vakuutusmaksujen määräämisessä pitäisi ottaa sattuneiden vakuutustapahtuminen lisäksi huomioon myös ne tapaukset, jotka eivät olleet sattuneet. Yhtiölle asetettava taakka voi vaikuttaa taas perustellulta omistajan väittäessä, että vakuutustapahtuma tulee hyväksyä silloinkin, kun väite sattumanvaraisista syistä vaikuttaa oikeudenkäynnissä epäuskottavalta, vaikka se on tosi.

1609 Bolding 1989, s. 126. Lähes heti tämän s. 126 jälkeen hän sanoo edellä olevat ”...rakenteeltaan ...” eli övervikt-periaatteen sovellettavuutta koskevat sanansa.

1610 Bolding 1951, s. 87 kuvaa ratkaisun NJA 1949 s. 144. Vauvojen epäiltiin vaihtuneen pian synnytyksen jälkeen. Suoritettiin erittäin perinpohjainen tieteellinen tutkimus, ja sen sekä muiden seikkojen perusteella tuomioistuimet katsoivat tulleen ”luotettavasti selvitetyn”, että vaihtuminen oli tapahtunut. Lapset olivat alioikeuden tuomion aikaan jo lähes nelivuotiaita.

1611 Ekelöf 1977, s. 110 – 111. Jopa esitetyn näytön yhden sadasosan määräinen todennäköisyyden vahvemmuus riittäisi hänen mukaansa. Jos olen oikein ymmärtänyt, tässä on ainakin näennäinen pieni ristiriita, sillä Bolding puolestaan (s. 87) katsoi tilanteessa vahvaa näyttöä tarvittavan (”här måste det uppenbarligen krävas starkt bevis för påståendet att förväxling skett”). Menneekö arveluni liian pitkälle, jos oletan Ekelöfillä olevan kuitenkin taustalla *handlingsdirigerande princip*’in – hän nimittäin kiinnittää huomiota siihen, että äitien halukkuus käyttää sairaaloiden synnytysosastoja saattaisi vähentyä, jos pantaisiin todistustaakka sille, joka väitteellään kiistää sairaalalohenkilökunnan suorittaman lasten rekisteröinnin?

Ekelöf haluaisi näissä olosuhteissa kysyä, eikö olisi parempi soveltaa todistustaakkasääntöä, johon liittyy korkeampi tai alempi näyttökynnys. Todistustaakkasääntöjen tehtävänä ei ole pelkästään tehdä mahdolliseksi, että oikeus voi ottaa kantaa, kun oikeustositseikka jää selvittämättä, vaan ne vaikuttavat myös siihen, että aineellisen oikeuden säännöt tulevat tehoamaan kansalaisten käyttäytymiseen.¹⁶¹²

Ekelöf toteaa kritiikkinsä kuitenkin koskevan vain sitä tilannetta, että todistusteema on konkreettinen tosiseikka; ”silloinhan näytön vahvuus riippuu sen seikan todennäköisyydestä, onko todistusteema aiheuttanut sen”. Jos itse todistusteemana on *kausaalisuhde*, poissuljentametodi tulee usein käyttöön, ja hyvin heikkokin näyttö vastuussa olevan tekijän kausaalisuudesta tarkoittaa, että näin on tapahtunut 51:ssä sadasta vastaavanlaisesta todistelutilanteesta. Ekelöfin mukaan hänen kritiikkinsä voi mennä harhaan, kun kausaalisuhde on todistusteemana. Tosin silloinkin voi olla voimassa tietty näyttökynnys sellaisille oikeustositseikoille. Mutta kun on kysytty, eikö käytännössä sovelleta övervikt-periaatetta, tämä on koskenut juuri kausaalisuhteiden näyttökynnystä, useimmiten vahingonkorvausoikeudessa, Ekelöf lausuu.¹⁶¹³

10.3.1.3 Boman

Boman, joka on ilmoittautunut ekelöfläisen ”läpilyöntiteorian” kannattajaksi, on vieroksunut övervikt-periaatetta huomauttamalla siitä, että tuomioistuin asetetaan sana vastaan sana -tilanteissa hyvin vaikeiden ratkaisujen eteen: tuomioistuin joutuu punnitsemaan asianosaisten uskottavuuden ”på guldvåg”. Jos toinen on vähän uskottavampi kuin toinen, hän voittaa ja ratkaisu on perusteltava tuomiossa. Tämä johtaa helposti muutoksenhakuun. Jos toista ei voi pitää uskottavampana kuin toista, on vaikea ymmärtää, mikä lopputuloksen tulisi olla. Boman ei kuitenkaan täysin sulje pois övervikt-periaatteen soveltamista; hän mainitsee tilanteet, joissa ei ole aiheutta asettaa näyttövaatimusta ja joissa normaalisti on saatavilla muutakin näyttöä kuin asianosaisten itse antamat tiedot. Toinen esimerkki on tilanne, jossa asianosaisen olisi tehtävä seikka *a* oletettavaksi ja vastapuolen olisi tehtävä *ei-a* oletettavaksi, eikä ole yleistä painavampaa syytä asettaa taakkaa asianosaiselle.¹⁶¹⁴

¹⁶¹² Ekelöf 1977, s. 111.

¹⁶¹³ Ekelöf 1977, s. 112.

¹⁶¹⁴ Boman 1990, s. 116 – 117.

10.3.1.4 Heuman

Heumanin¹⁶¹⁵ mukaan övervikt-periaatteen katsotaan¹⁶¹⁶ johtavan siihen, että mahdollisimman monessa oikeusriidassa päädytään oikeaan lopputulokseen. Tätä päämäärää ei saavuteta, jos asianosaiselle asetetaan ankara näyttövaatimus ja hän onnistuu saattamaan väitteensä vain todennäköisiksi. Heumanin mielestä tuomioistuimen arviointi lähtee silloin vastapuolen tuomion perusteeksi vaatimien, mutta vähemmän todennäköisempien seikkojen pohjalta. Tällöin on olemassa riski, että lopputulos on väärä, Heuman sanoo. Kuitenkin siinä tapauksessa, että toisella asianosaisella on merkittävästi paremmat mahdollisuudet esittää näyttöä, voi Heumanin mukaan ajatella, että övervikt-periaate ei johda siihen, että mahdollisimman suuri määrä riitoja tulee oikein ratkaistuksi. Heumanin mukaan tavoite voidaan saavuttaa, jos sille asianosaiselle, jolla on parempi mahdollisuus todisteiden varmistamiseen, asetetaan tietty näyttövaatimus.

Heuman torjuu Ekelöfin kritiikkiä katsomalla, ettei voi olla merkityksetöntä pyrkiä siihen, että mahdollisimman monissa tapauksissa luotaisiin aineellista oikeudenmukaisuutta. Myöskään se, että korostetaan aineellisen oikeuden ”läpilyöntiä” yhteiskunnassa, ei tee periaatteen taustalla olevaa perusajatusta merkityksettömäksi.¹⁶¹⁷ Heuman myöntää, että näytön vajavaisuus voi luoda epävarmuutta, ja sitä enemmän, mitä vajavaisempaa se on, mutta huomauttaa, että kaikki todistustaakkateoriat kamppailevat näytön vajavaisuuden ongelman kanssa. Heumanin mielestä tuomioistuimen on todistusharkinnassaan otettava huomioon näytön vajavaisuuden merkitys. Periaatetta ei tule hylätä sen vuoksi, että sen soveltaminen ei aina voi johtaa aineellisesti oikeisiin lopputuloksiin. Tärkeää on, että periaate olennaisesti edistää tätä tavoitetta tavalla, jota todistustaakkasäännöt eivät tee, kun ne asettavat korkean näyttövaatimuksen. Varauman Heuman esittää sen varalta, että todistusaineisto on hyvin puutteellista: silloin on suuri riski, ettei lopputulos ole aineellisesti oikea. Mutta näitä tapauksia ei ole niin paljon, että koko periaate olisi hylättävä. Kun otetaan huomioon, ettei övervikt-periaate anna täydellisiä takeita tuomioiden aineellisesta oikeellisuudesta, voi olla aihetta antaa myös muiden hyviin oikeuspoliittisiin päämääriin perustuvien näkökohtien vaikuttaa harkintaan. Punninta voi johtaa siihen, että luovutaan ankarasta näyttövaatimuksesta ja asetetaan asianosaiselle matala

¹⁶¹⁵ Heuman 2005, s. 45.

¹⁶¹⁶ Heuman käyttää ilmaisua ”det anses” eikä vielä tässä kerro omaa näkemystään. Hän viittaa ”katsojina” s. 45 alaviitteessä 86 Boldingiin ja Eckhoffiin, mutta myös Ekelöf – Bomaniin ja von Eybeniin. S. 47 hän myöntää, ettei ”katsotulla” tavalla aina tapahdu, mutta pitää tärkeänä, että periaate ”bidrar väsentligen till detta mål på ett sätt som bevisbörderegler inte gör när de uppställer ett högt beviskrav.”

¹⁶¹⁷ Heuman 2005, s. 46.

näyttövaatimus, ilman että annetaan matalimman mahdollisen todennäköisyyden enemmyyden olla ratkaisevaa.¹⁶¹⁸

Vielä Heuman kritisoi väitettä, ettei kantajan näyttökynnystä saa laskea lii-
kaa, ettei vastapuoli joudu väärin korvausvelvolliseksi. Hän huomauttaa, että
käsitys on perusteltu vain, jos pidetään suurempana pahana maksuvelvollisuu-
den virheellistä asettamista kuin kompensaaion virheellistä epäämistä. Tämä
väite ei perustu todennäköisyysteorioihin. Heuman kyseenalaistaa väitteen ja
katsoo, että kun kysymys on varallisuudesta, virheellinen tuomio rasittaa mo-
lempia osapuolia yhtä paljon, eikä siksi ole syytä asettaa todistustaakkaa kum-
mallekaan. Jos näyttökynnystä vain jonkin verran lasketaan, voidaan hyvin
väittää, että laskeminen on riittämätöntä jotta kantaja pääsisi oikeuksiinsa, jos
esimerkiksi näyttövaikeudet ovat merkittäviä.¹⁶¹⁹

Heuman esittää, että silloin, kun jommankumman asianosaisen väitteiden
tueksi ei ole olemassa alkuperäistodennäköisyyttä, kumpikaan ei ole näyttövel-
vollinen eikä siis todistustaakkaa asetettaisi kummallekaan.¹⁶²⁰

Heuman mainitsee omina esimerkkeinä övervikt-periaatteen sovellustilan-
teista seuraavia. Oli tehty kirjallinen kauppa esineestä, mutta kirjallinen sopimus
jättää joitakin asioita sääntelemättä. Jos kysymys on tavarahan laadusta, voi ajatella
todistustaakan asetettavan sille, joka väittää, että oli suullisesti sovittu laajem-
masta tai kalliimmasta suorituksesta kuin mihin toinen osapuoli katsoo itsensä
velvoitetuksi osapuolten suullisen sopimuksen perusteella. Jos nämä arvokri-
teerit eivät anna selvyyttä, on ehkä palattava övervikt-periaatteeseen.¹⁶²¹ Tämä
koskee esimerkiksi tilannetta, jolloin on syntynyt riitaa siitä, mitä suullisesti oli
sovittu auton väristä: sininen vai vihreä. Kun toimituskulut ovat myyjälle samat,
on tuskin syytä asettaa mitään näyttövaatimusta/kynnystä kummallekaan.¹⁶²²

Toinen Heumanin esimerkki on tilanne, jossa tavarassa kaupanvastuun siir-
tymisen jälkeen paljastuu salainen virhe. Kumman osapuolen on näytettävä,
mistä virhe johtui? Asianosaisen ei yleensä todisteluvaikeuksien vuoksi tarvitse
näyttää negatiivisia seikkoja. Silloin tämän ei tarvitsisi näyttää, että poikkeama
ei voi johtua tekijästä, josta hän olisi vastuussa. Kuitenkin asianosaisen on vaikea
näyttää, että olosuhde, joka liittyy vastapuoleen, muodostaa syyn poikkeamaan.
Nämä olosuhteet ovat asianosaisen kontrollipiirin ulkopuolella. Asianosaisen ei
sen vuoksi tarvitse näyttää sellaisia faktisia olosuhteita, jotka osoittavat, että
vastapuoli on vastuussa virheestä. Jos tällaiset pohdinnat johdetaan todisteiden
varmistuksen teoriasta, kumpikin puoli voi väittää, ettei hänelle tule asettaa

1618 Heuman 2005, s. 47 – 48.

1619 Heuman 2005, s. 46.

1620 Heuman 2005, s. 417.

1621 Heuman 2005, s. 229 viittaa tässä Boldingin, 1989, kahteen esimerkkiin, s. 99 – 100 hevosiin laidunhaassa,
ja s. 125 – 126 vakuutuskorvausjuttuun. Ne olen selostanut edellä jakson 10.3.1.1 yhteydessä.

1622 Heuman 2005, s. 229.

todistustaakkaa ja että se kuuluu vastapuolelle. Molemmat eivät kuitenkaan voi olla näyttövelvollisia. Todisteluvaikeudet muodostavat hyvän syyn asettaa jommallekummalle matala näyttökynnys tai soveltaa övervikt-periaatetta, Heuman päättää.¹⁶²³

Heuman¹⁶²⁴ pohtii syitä, miksi HD ei ole puhtaassa muodossa ("i renodlad form")¹⁶²⁵ soveltanut övervikt-periaatetta, vaikka sen takana olevien periaatteiden täytyy olla hänenkin mukaansa sinänsä hyviä; aineellisesti oikeiden ratkaisujen saavuttaminen mahdollisimman monessa tilanteessa on hyvä tavoite. Eräs todennäköinen selitys on, että muiden teorioiden takana olevat perusteet painavat enemmän ja ne siksi ovat voineet tunkea övervikt-periaatteen tieltään. Heuman torjuu ohjailuteorian övervikt-periaatteen soveltamisen esteenä todeten, että ensin mainittu on harvoin pantu ratkaisun pohjaksi todistustaakkakysymyksissä, eikä sen soveltaminen olisi estynyt niissä monissa tapauksissa, joissa yksityisten ja yleisten etujen punninta ei koituisi kummankaan asianosaisen eduksi. Todisteiden varmistus- ja hankintateorialla on Heumanin mukaan suuri rooli käytännössä ja esitöissä. Tärkeä lausuma on ollut, että näyttökynnystä pitää laskea, jos näyttövelvollisella on näyttövaikeuksia. Tätä lausetta perustellaan olennaisesti sillä tavoitteella, että tuomioistuinriitojen täytyy päätyä oikeaan ratkaisuun. Väärien tuomioiden riski kasvaa, jos näyttövaikeuksissa olevaan asianosaiseen kohdistetaan liian ankara näyttövaatimus; sitä on laskettava, mutta ei niin paljon, että näyttövaatimuksen esittämisestä jommallekummalle kokonaan luovuttaisiin. Jos niin tehtäisiin, huononisivat mahdollisuudet päästä aineellisesti oikeaan ratkaisuun. Jos toisella asiaosaisella normaalisti katsottuna on paremmat edellytykset kuin toisella hankkia/varmistaa luotettavaa näyttöä, tuota asianosaista suosittaisiin liikaa, ellei häneen kohdistettaisi minkäänlaista näyttövaatimusta. Hän voisi voittaa jutun yksinomaan siksi, että vastapuolella on ollut vaikeaa varmistaa todisteitaan. Tämä tulisi esiin erityisesti tilanteissa, joissa asianosainen käyttää hyväkseen mahdollisuutta valikoivaan todisteiden varmistamiseen/hankintaan ja -esittämiseen. Asianosaiset, joilla tyypillisesti ottaen on hyvin rajatut mahdollisuudet hyvän näytön varmistamiseen, voivat kohdata niin suuria vaikeuksia näyttää vahvempia perusteita (övervägande skäl) käsityksensä tueksi, että he vääryydellä häviäisivät monia riitoja. Jotta tämä estetään, övervikt-periaatetta ei tule soveltaa. Sen sijaan näyttökynnys on asetettava suhteeseen kummankin asianosaisen normaaleihin todistelumahdollisuuksiin sellaisissa tilanteissa, joita erilaisissa siviilioikeuden säännöissä tarkoitetaan.

¹⁶²³ Heuman 2005, s. 308.

¹⁶²⁴ Heuman 2005, s. 457 – 458.

¹⁶²⁵ Heuman 2005, s. 46 (viitaten kuitenkin alaviitteessä 89 ratkaisuun NJA 1977 s. 176, "det första ledande fallet", jota käsittelen jäljempänä HD:n ratkaisujen yhteydessä) ja 510. Hän mainitsee s. 79 - 84 lähellä olevia HD:n ilmaisuja, joiksi hän lukee "klart mera sannolikt" ja "mera antagligt". Näitä HD on käyttänyt alentamaan näyttökynnystä.

Ei siis voida lähteä siitä, että molemmilla asianosaisilla on yhtä hyvät mahdollisuudet hankkia /turvata todisteita ja että övervikt-periaatetta on sen vuoksi sovellettava, Heuman lausuu.

Heuman tiivistää tämän todisteiden varmistuksen teorian pohdinnan osoittavan, että övervikt-periaatteen soveltaminen ei monestikaan johda siihen, että suurin mahdollinen määrä riitoja päättyy oikeaan lopputulokseen. Kuitenkin niissä tilanteissa, joissa asianosaisilla on samat vaikeudet näytön hankinnassa/varmistamisessa, todisteiden varmistuksen teoria ei ole esteenä övervikt-periaatteen soveltamiselle. On kuitenkin mahdollista, että pysyvyysperiaatteen¹⁶²⁶ katsotaan estävän sen.¹⁶²⁷

Käsitykseni mukaan Heuman näyttää olevan sillä kannalla, ettei övervikt-periaatetta tule sellaisenaan torjua, vaikka se ei sovellu kaikkiin tilanteisiin. Mielestäni merkillepantavaa on, että hän neutraloi ”minsta möjliga övervikt”-vastaväitteen, joka on tavanomaisesti ja yksilöimättä esitetty. Heuman sanoo,¹⁶²⁸ että kun näyttö tukee teemaa 51 prosentin todennäköisyydellä, käytännössä täytyy olla äärimmäisen harvinaista, että kysymys on teoreettisesti kaikkein heikoimmasta ajateltavissa olevasta näytöstä (teema pitäisi paikkansa vain yhdessä sadasta vastaavanlaisista todistelutilanteista, mutta loppuosasta ei tiedettäisi mitään). ”Detta verklighetsfrämmande uttalande bör inte tas till utgångspunkt för att förkasta överviktsprincipen.” Sen sijaan Heumania voi kritisoida siitä, että hän pitää ehkä liian varmana, että övervikt-periaatteella *todella saavutetaan* suurin määrä oikeita ratkaisuja. Tuskin on teoriaa, joka ei antaisi arvoa tälle päämäärälle, joten *pelkkä pyrkimys* ei ole vahva argumentti – vaikka sekin on parempi kuin Ekelöfin ajatus, ettei yksittäistapauksilla ole niin suurta merkitystä, kunhan laki ”löy läpi”. Lisäksi Heumanin poleeminen ajatus, ettei paremmat edellytykset omaavaan asianosaiseen kohdistettaisi mitään vaatimusta, tuntuu oudolta; kyllä hänenkin pitää näyttönsä esittää.

10.3.1.5 Lindell

Lindell¹⁶²⁹ katsoo, että övervikt-periaate ”är tydligen inte någon bevisbörderegel”. Lindellin mukaan periaatetta käytetään lähinnä varallisuusoikeudellisissa jutuissa, mutta ”se ei ole poissuljettu indispositiivisissa jutuissa”. Lindell kirjoittaa:

”I till exempel ett vårdnads mål där föräldrarna tvistar om vårdnaden ska det visserligen av utredningen helst framgå om det är bättre att den ene föräldern ensam får

1626 Stabilitetsprincipen: ks. Heuman 2005, s. 492. Halila 1955, s. 32 – 33 käyttää termiä jatkuvuusteoria tästä todistustaakan jakoperiaatteesta. Hän lausuu kyllä, että jatkuvuusteoriallakaan ”ei ole nykyään enää sanottavaa merkitystä”.

1627 Heuman 2005, s. 458.

1628 Heuman 2005, s. 47 alaviite 95.

1629 Lindell 2017, s. 615.

vårdnaden, om gemensam vårdnad – vilket är huvudregeln – skulle vara utesluten. Råder i en sådan situation ovisshet om vissa fakta, och avgörandet måste grundas på den utredning som finns bör rätten välja det alternativ som har bevisövertvikt för sådana rättsfakta som har relevans för vad som är *bäst för barnet*.”

10.3.2 Norja

10.3.2.1 Olin Augdahl 1929

Olin Augdahlin mukaan¹⁶³⁰ vapaan todistusharkinnan periaate ei sisällä ”ikke annet og mere” kuin että kysymys, missä määrin relevantit kohdat on näytetty toteen, jätetään tuomarin vakuuttuneisuuden varaan. Todistusharkinnan vapautta kohtaan ei ole mitään huomauttamista. Asia on toinen todistustaakan jaon osalta. Sen vapaaksi tekeminen on samaa kuin mielivallan vahvistaminen lailla. Jos tuomarit olisivat vapaita ratkaisemaan selvittämättömät asiat, oikeusvarmuus kärsisi. Ja edelleen:

”Om man enn påla dommerne i sådanne tilfeller å fastslå *den saksammenheng der måtte fremstille sig som mest sannsynlig* – en utvei der forøvrig ofte vilde være stengt, idet ikke sjelden begge parter fremstillinger lyder like sannsynlige eller like usannsynlige – , vilde dog døren være åpnet for den ujevne rettsanvendelse.”

10.3.2.2 Strandberg

Strandbergin mukaan Norjassa vallitsee Eckhoffin ajoista 1943 lähtien riita-asioissa yhdenmukainen näyttövaatimusoppi, jonka juuri Norjalle tyypillisesti keskeinen ainesosa on overvektsprinsippet¹⁶³¹. Skoghøyn mukaan 1900-luvun ensimmäisellä puoliskolla taas oli eri käsityksiä siitä, mikä näyttökynnys riitajutuissa tuli asettaa. Eckhoff oli ensimmäinen, joka katsoi, että lähtökohtana tulee olla se tosiseikka, joka on todennäköisempi. Overvekt-periaate löi itsensä läpi asteittain 1900-luvun toisen puoliskon aikana, ja lopullinen läpimurto tapahtui HR:n tuomiolla Rt. 1992 s. 64 A (P-Pilledom II).¹⁶³² 1990-luvun

¹⁶³⁰ Augdahl 1929, s. 8 ja 10. Kursivointi Augdahlin.

¹⁶³¹ Strandberg 2012, s. 461 – 463.

¹⁶³² Skoghøy 2017, s. 914 – 915. Hänen mukaansa tänä päivänä on pidettävä ”varmana norjalaisena oikeutena”, että riitajuttujen todistusharkinnan tulee lähtökohtaisesti perustua overvekt-periaatteelle. Vrt. kuitenkin alaviite 70 s. 915: ”Ikke desto mindre blir prinsippet bestridt av Strandberg” (viittaa Strandbergiin 2012, s. 461 alkaen).

puolivälin jälkeen on kuitenkin otettu käyttöön myös tiukennettu kynnys, klar sannsynlighetsovervekt.¹⁶³³

Strandberg käsittelee analysoiden sitä, pitääkö paikkansa overvekt-periaatteen keskeinen väittämä, joka on ilmaistu eri sanamuodoin,¹⁶³⁴ mutta jonka ydin on, että periaatteen soveltaminen tuottaa eniten aineellisesti oikeaan lopputulokseen päätyviä tuomiota. Tämän väitteen paikkansapitävyyttä on Norjassa yksimielisesti¹⁶³⁵ pidetty itsestäänselvyytenä.¹⁶³⁶ Strandberg katsoo, että väitteen paikkansapitävyys edellyttää selviytymistä kolmen väitteestä: 1) se edellyttää, että *ulkoinen todellisuus* tekee tuomion oikeaksi tai vääräksi; 2) se edellyttää, että periaatetta soveltamalla saatujen aineellisesti oikeiden tuomioiden osuus on suurempi kuin se olisi *mitä tahansa muuta näyttökynnystä* sovellettaessa, perustukoot nuo muut sitten bayesinaaniselle tai jollekin muulle teorialle; ja 3) se edellyttää, että sen soveltamisen on tuotettava eniten aineellisesti oikeita tuomioita *aikaa myöten*, mikä tarkoittaa, että kaikissa *riittävän suurissa juttujen otoksissa* on eniten aineellisesti oikeita tuomioita, jos kaikissa jutuissa on ollut todennäköisyyden vahvuus näyttökynnyksenä jokaisen todistusteeman kohdalla.¹⁶³⁷

Strandberg päätyy siihen, että käsitys, että övervekt-periaate tuottaisi eniten aineellisesti oikeita tuomioita, ei näytä pitävän paikkaansa. Tähän on useita syitä. Eräs väitteen pääongelmista on, että se käsittelee subjektiivisia todennäköisyyksiä ikään kuin ne olisivat objektiivisia – se muuttaa ajatustapoja, jotka sopivat objektiivisille frekvenssitodennäköisyyksille, todistusoikeudellisiksi todennäköisyyksiksi, jotka eivät voi olla objektiivisia frekvenssejä. Toiseksi, vaikka norjalainen todistusteoria pitää väitettä universaalisena ja ilmeisenä totuutena, se koskee empiirisiä kysymyksiä, joista tiedämme vähän tai ei yhtään mitään;

1633 Skoghøy 2017, s. 912 – 913. Kun tämä Skoghøyn mukaan sijaitsee portaiden ”godtgjort” ja ”åpenbart”, välillä, hänen mukaansa todistusharkinnassa voi (riitajutuissa) olla tarvetta kuudelle todennäköisyyden asteelle. – Vrt. Robberstad 2018, s. 307, jossa hän käsittelemisään esimerkeissä (Rt. 1990.688 ja Rt. 1996.864, joissa on sovellettu tiukennettua todennäköisyysvaatimusta), arvioi, että oletettavasti tulos olisi sama tavallisella overvekt’illä. ”Slikt sett kan det tenkes att kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt mer har en symbolsk enn en reell funksjon. Når dommerne skal legge et særlig belastende faktum til grunn, understreker de at de er mer en vanlig sikre på at dette er det riktige. Det skjerpede sannsynlighetskravet har antagelig bare betydning der dommeren er virkelig i tvil om hvordan faktum skal oppfattes.”

1634 Strandberg 2012, s. 467.

1635 Strandberg 2012, s. 514 pitää erikoisena norjalaisen käsityksen yksimielisyyttä, koska käsitystä ei kannateta Ruotsissa, Tanskassa, Saksassa, USA:ssa eikä Englannissa, vaikka kysymys väitteessä on empiirisen todellisuuden asiayhteyksistä, jotka tuskin seuraavat valtioiden rajoja.

1636 Strandberg 2012, alaviitteissä 1854 ja 1855 luettelee muun ohella Per Augdahlin, Bratholm – Hovin ja Skoghøyn.

1637 Strandberg 2012, s. 468. Kursivoinnit Strandbergin. Hän selventää edellytystä 3) vielä näin: Kysymyksessä on empiirinen väite yleisestä lainmukaisuudesta, so. että missä tahansa riittävän suuressa tuomioiden otoksessa, jotka on annettu näyttökynnystä ”todennäköisyyden overvekt” käyttäen, on useampia aineellisesti oikeita tuomiota, kuin jos sama otos arvioitaisiin mitä tahansa muuta näyttökynnystä käyttämällä. Väite ei siten koske yksittäistä tuomiota, vaikka se kyllä myös edellyttää, että overvekt-periaatteen käyttäminen konkreettisissa jutuissa maksimoi mahdollisuuden saada siinä aineellisesti oikea tuomio. Väite ei koske myöskään vähäisiä tuomioiden otoksia.

norjalaiset todistusteoreetikot eivät anna mitään aineellista perustelua sille, miksi overvekt-periaate antaa eniten aineellisesti oikeita tuomioita; se on empiirinen väite ilman empiiristä katetta – postulaatti. Tämä ei tarkoita, että väite on epätosi, vaan että se on perustelematon – se voi olla tosi, mutta se voi yhtä hyvin olla epätosi. Mitään oikeussääntöä – varsinkaan koko siviilioikeuden pääsääntöjä – ei kuitenkaan voida ankkuroida yksin kaksiselitteisyyteen (tvisyn).¹⁶³⁸

Strandberg käsittelee vielä toista konformia norjalaista käsitystä eli sitä, että overvekt-periaate saattaa asianosaiset yhtäläiseen asemaan eli jakaa ratkaisun virheriskin heille tasan. Tämäkään väite ei hänen mukaansa pidä paikkaansa. Ensinnä kysymys, miten monta aineellisesti väärää tuomiota tulee esimerkiksi myyjien ja miten monta ostajien osalle, riippuu näyttövaatimuksen lisäksi monista tekijöistä. Lisäksi on vaikeata puolustaa lähtökohtaa, että aineellisesti väärä vapauttaminen riita-asioissa on tavallisesti suunnilleen yhtä paha kuin aineellisesti väärä tuomitseminen. Vaikuttaa päinvastoin uskottavammalta, että tämä arvostuskysymys vaihdellee aineellisen oikeuden mukaan, niin että vahingonkorvausoikeus ratkaisee, onko pahempaa tuomita korvausvelvollisuus aineellisesti väärällä perusteella kuin olla tuomitsematta korvausvelvollisuutta aineellisesti väärällä perusteella, ja että sopimusoikeus ratkaisee, onko pahempaa määrätä korjausvelvollisuus aineellisesti väärällä perusteella kuin olla määräämättä korjausvelvollisuutta aineellisesti väärällä perusteella, ja niin edelleen. Tämä viittaa siihen, että todennäköisyysvaatimus tulee mieluummin perustella ja määritellä yksittäisen aineellisen oikeudenalan sisällä sen sijaan, että se olisi rakennettu yleisten siviilioikeudellisten periaatteiden ympärille ja sen jälkeen kysyttäisiin, voidaanko niistä tehdä poikkeuksia.¹⁶³⁹

10.3.2.3 Skoghøy

Skoghøy 2001¹⁶⁴⁰ lausui vielä vuonna 2001 Ekelöfin ja Bomanin kriittisen väitteeseen, että overvekt-periaate ei johtaisi suurimpaan määrään aineellisesti oikeita tuomiota, että väitteen täytyy perustua väärinkäsitykseen.¹⁶⁴¹ ”Att man

¹⁶³⁸ Strandberg 2012, s. 514.

¹⁶³⁹ Strandberg 2012, s. 514.

¹⁶⁴⁰ Skoghøy 2001, s. 675 alaviite 26. Teoksen uusimmassa painoksessa (Skoghøy 2017, s. 914 alaviite 65) tätä alaviitesisältöä ei enää ole. Hän viittaa tuossa alaviitteessä vain ”Se Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 39”, mutta tekstissä s. 914 pysyy hiukan lievennetysti kannassaan: ”Da overvektsprinsippet gir storst sannsynlighet for at avgjørelsegrunnlaget blir korrekt, bidrar dette prinsippet til å sikre totalt flest materielt riktige dommer.” Ks. myös s. 915 – 916 vaihteessa. – Ratkaisussa Rt. 2008 s. 1409 (Sorum-tuomio) asetettiin lisäveron (veronkorotuksen) määräämisen kynnnykseksi klar overvekt. Lisäveron määräämisen perusteeseen liittyvän syyllisyysmomentin vuoksi kynnnyks näyttää saaneen arvostelua (ts. kynnnyksen tulisi olla korkeampi: ks. Norjan Sivilombudsmannen 24.1.2012 (2011/871). Kuten Suomessa, myös Norjassa EIT:n *Zolotukhin*-ratkaisu linjasi rikosprosessin rajoja suhteessa esimerkiksi verotukseen.

¹⁶⁴¹ Skoghøy viittaa tässä Lindelliin, 1987, s. 287 – 288. Lindell kuitenkin s. 288 selvästikin hyväksyy väitteen (”Då erhåller vi i längden den största *kvantiteten* materiellt riktiga domar” (kursivointi Lindellin). Ehkä Skoghøy:n viittaus tarkoittaa Lindellin alaviitettä 45 s. 287, jossa Lindell sitoo Ekelöfin väitettä vastaan esittämän kritiikin tämän todistusarvometodin tarkastelutapaan. Mielestäni väitteen paikkasanpitävyys tai -pitämättömyys ei kuitenkaan liity tällaiseen argumenttiin.

ved å legge til grunn overvektsprinsippet vil få flest materielt riktige dommer, kan ikke være tvilsomt, se Eckhoff, Tvilsrisikoen s. 64 ff.”

Skoghøy 2017 mukaan¹⁶⁴² overvekt-periaate liittyy jatkuvuuteen, stabi-
liteettiin, perustuvaan todistustaakkasääntöön. Ajatuksena on, että vaatimus
todennäköisyyden vahvemmuudesta viittaa pääsääntöisesti *oikeutta luovaan* tai
oikeutta muuttavaan vaihtoehtoon: sillä asianosaisella, joka väittää tapahtuneen
oikeutta luova tai oikeutta muuttava olosuhde, on *todistustaakka*, ”tvilsrisiko-
en”. Taustalla on periaate status quon etusijasta: ellei muuhun ole aihetta, tulee
vakiintuneelle oikeustilalle antaa etusija. Tämä on kuitenkin vain pääsääntö.
Ensinnäkin on olemassa monia sääntöjä, joiden mukaan näytön vahvemmuuden
on oltava olemassa oikeutta säilyttävän vaihtoehdon hyväksi, jotta tämä voitai-
siin panna tuomion pohjaksi Toiseksi, asianosaiselle voidaan monessa tilanteessa
asettaa todistustaakka riippumatta siitä, koskeeko hänen väitteensä oikeutta luo-
vaa/muuttavaa vai oikeutta säilyttävää vaihtoehtoa.¹⁶⁴³ Skoghøy mukaan niitä
säännöksiä, jotka edellyttävät todennäköisyyden vahvemmuutta oikeutta säilyt-
tävältä vaihtoehdolta, nimitetään tavallisesti ”*käännettyksi todistustaakaksi*”.

10.3.2.4 Robberstad

Robberstad 2018 vaikuttaa myös epäileväiseltä väitteen suhteen. Hän asettaa
väitettä vastaan muun muassa Kolflaathin muistutukset siitä, että tuomarilla
ei ole pääsyä aleettiselle tasolle (miten asianlaita todellisuudessa on). Toden-
näköisyysajattelu on sidoksissa todistelutilanteeseen eli episteemiselle tasolle.
Omalta osaltaan Robberstad viittaa siihen, että tällainen vastaväite on vielä
vahvempi riitajutuissa kuin rikosjutuissa, koska molemmilla asianosaisilla voi
olla intressiä pitää osa tosiseikoista salassa tuomarilta. ”I mange tilfelle er det
bare toppen av isfjellet som kommer til syne i retten.” Vaikka asianosaiset oli-
sivat subjektiivisesti arvioiden avoimia ja totuuteen pyrkiviä, tuomarin voi olla
vaikea tietää, mikä on totta: totuutta vastaava selitys voi hyvinkin olla se, joka
tuomarin mielestä näyttää vähiten todennäköiseltä. Siksi ei periaatteessa voida
tietää, johtaako overvekt-sääntö siihen, että päästään lähimmäs mahdollista
totuutta mahdollisimman useissa tapauksissa.¹⁶⁴⁴

1642 Skoghøy 2017, s. 916 – 917. Kursivoinnit Skoghøy.

1643 Skoghøy 2017, s. 917 mainitsee esimerkkinä EU-sopimuksen ehdon, että jäsenvaltiot voivat puuttua sisä-
markkinoiden periaatteisiin, jos on olemassa pakottavia yleisiä näkökohtia, ja jos puuttuminen on soveltu-
va ja oikeasuhteinen keino noista aktuaalisista näkökohdista huolehtimiseksi, eikä mene pidemmälle kuin
on tässä tarkoituksessa välttämätöntä. Sellaisissa tilanteissa EU-tuomioistuimen käytännön mukaan juuri
yksittäisen valtion on näytettävä, että poikkeuksen edellytykset täyttyvät. Hänen mukaansa tämän säännön
perusteena voidaan katsoa olevan ”todisteiden varmistuksen näkökohta”: kenellä on parhaat mahdollisuu-
det varmistaa tarpeelliset todisteet poikkeusedellytysten täyttymisen todistamiseksi ja ketä parhaiten voi-
daan kehottaa varmistamiseen. Skoghøy esittää s. 917 – 925 lisäksi useita muita esimerkkejä pääsäännöstä
poikkeamisesta.

1644 Robberstad 2018, s. 308. Hän viittaa myös Hans Petter Graveriin*, 2009 s. 192. Graverin mukaan ”tuomari
istuu luolassaan ja ottaa vastaan raportteja siitä, mitä on tapahtunut torilla, ja hänen tulee tämän perusteella
ottaa kantaa, mitä on tapahtunut, ilman että voi itse mennä ulos tutkimaan asiaa. Sisällä luolassa kehrittelee

10.3.2.5 Kolflaath ja relatiivinen overvekt

Alun perin övervikt-periaatteen mukaisesti kanteen ja vastauksen todennäköisyyden vahvuuksia arvioitiin kahden vaihtoehdon – väitteiden paikkansapitävyyden ja paikkansapitämättömyyden – kesken. Absoluuttinen vahvemmuus tarkoittaa tällöin sitä, että kyseisen vaihtoehdon paikkansapitävyyden todennäköisyys on suurempi (yli 50 %) kuin sen todennäköisyys, että se ei pidä paikkaansa.¹⁶⁴⁵ Tarkastelukulma on kuitenkin laajentunut käsittämään useampia vaihtoehtoja. Niinpä on erotettu käsitteet absoluuttinen ja relatiivinen vahvemmuus. Absoluuttinen vahvemmuus tarkoittaa tällöin sitä, että voittavan vaihtoehdon A todennäköisyyden tulee olla suurempi kuin muiden vaihtoehtojen B ja C yhteenlasketun todennäköisyyden; relatiivinen vahvemmuus taas tarkoittaa sitä, että riittää, että A on todennäköisempi kuin kumpikaan muista, B ja C erikseen.¹⁶⁴⁶

Pääsääntö on useammankin vaihtoehdon tilanteessa esitetty lähtökohtaisesti niin, että voittavan vaihtoehdon todennäköisyyden tulee olla suurempi kuin muiden vaihtoehtojen todennäköisyyksien summa.¹⁶⁴⁷ Kolflaath¹⁶⁴⁸ on kuitenkin kehittänyt relatiivista overvekt’iä pidemmälle. Hän liittää ongelmansasettelun kahteen vaikeaan kysymykseen: kysymykseen todistusteeman laajuudesta ja vielä kiistellympään kysymykseen siitä, pitäisikö eri tunnusmerkistötekijöitä todistavien oikeustositseikkojen todennäköisyydet vielä kertoa keskenään eli ”epäilykset kumuloida”, jotta tunnusmerkistö kokonaisuudessaan tulisi toteennäytetyksi – norjalaisittain juuri overvekt-kynnyksellä, jonka mataluus kertolaskun kohdalla on omiaan aiheuttamaan ongelmia. Kolflaath määrittelee relatiivisen vahvemmuuden lähtien esimerkistä, jossa on kaksi (!) kumulatiivista tunnusmerkistötekijää, A ja B. Asetelma voi olla tällöin neljänlainen:

- 1) sekä A että B on näytetty
- 2) A on näytetty, mutta ei B
- 3) B on näytetty, mutta ei A
- 4) ei A eikä B ole kumpikaan näytetty.

Kun vastaaja kiistää kanteen, kantajan on luonnollisesti pyrittävä näyttämään toteen yhdistelmä 1. Monesti vastaaja pelkän kiiston sijasta kuitenkin esittää

helposti omia tapoja tarkastella asioita, ja on myös vaikeaa nähdä, ovatko raportit torilta oikeita.” (*Graver, Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering? TfR 2009 s. 191 – 233.)

1645 Esimerkiksi Kolflaath 2008 s. 149 – 156 kohta 2.1.

1646 Absoluuttisen ja relatiivisen määrittelyt tässä Skoghøytä 2017, s. 915 mukailten. Hän ei pidä relatiivista overvekt’iä oikeana.

1647 Skoghøy 2001, s. 674. Skoghøy 2017, s. 915 on edelleen kannallaan ja viittaa alaviitteessään 72 tähän Kolflaathin 2008 artikkeliin sivuille 161 – 162: ”Uriktig Eivind Kolflaath”. – Ks. myös jäljempänä oikeustapauksien jakson kohdalla NJA 1977 s. 176, jota Welamson tulkitsee mainitun ”pääsäännön” tavalla eli että voittavan vaihtoehdon täytyy voittaa vastapuolena olevien vaihtoehtojen todennäköisyyksien summa.

1648 Kolflaath 2008, s. 149 – 165.

oman versionsa tapahtumista, kokonaan tai osittain, ja tämä voi olla jokin vaihtoehtoista 2 – 4 eikä yhtenevä kolmen muun kanssa – jos se implikoi vaihtoehtoa 4, se on yhteensopimaton vaihtoehtojen 1 – 3 kanssa. Kohdan 1 negatio käsittää vaihtoehdot 2 – 4. Jos edellytetään absoluuttista vahvemmuutta yhdistettynä epäilysten kumulointiin, vaihtoehdon 1 tulee olla todennäköisempi kuin todennäköisyyksien 2 – 4 summan. Jos A ja B ovat toisistaan riippumattomia ja A:n todennäköisyys on 0.7 ja B:n 0.6, kokonaisuuden 1 todennäköisyydeksi tulee 0.42 ja negation arvoksi 0.58. Esimerkki osoittaa, että kantaja häviää, vaikka hänen ”selityksensä” on todennäköisempi kuin vastaajan. Kolflaathin mukaan asiaa ei tule ratkaista ”tietoteoreettisella ad hoc -manööverillä”. Hän kysyy, miksi 1:n todennäköisyyttä on välttämättä verrattava koko 1:n negatioon, eikä pelkästään vaihtoehdon 4 todennäköisyyteen eli vastaajan selityksen oikeudelliseen seuraamukseen. Vaihtoehdoilla 2 ja 3 on kyllä sama vaikutus kuin kohdalla 4, mutta 2 ja 3 ovat tiedon mukaan yhteensopimattomia vastaajan esityksen kanssa.¹⁶⁴⁹ Kysymys on siis siitä, eikö kuvatun kaltaisissa tilanteissa olisi hyvinkin järkevää tulkita todennäköisyyden vahvemmuutta relatiivisen vahvemmuuden vaatimuksena, missä vaihtoehtoa 1 ei verrata koko kohdan 1 negatioon, vaan tämän negation sisällä olevaan spesifisempään vaihtoehtoon. Jos vaihtoehtoa 1 verrataan vaihtoehtoon 4, olisi mainituilla A:n ja B:n todennäköisyyksillä (0.7 ja 0.6) todennäköisyyden vahvemmuus seikastolle kokonaisuutena, vaikka epäilykset kumuloitaisiinkin. Esimerkissä epäilysten lopputulos olisi siten sama kuin Skoghøyen pääsäännössä. Jos vaaditaan pelkästään relatiivinen näytön vahvemmuus, epäilykset voidaan kumuloida ilman, että tuntuu jäävän olemaan liian suuri epäily.

10.3.3 Suomi

10.3.3.1 Jouko Halila, Tirkkonen ja Tauno Ellilä

Halila torjui tuoreeltaan övervikt-periaatteen. Hän katsoi ensinnäkin sen olevan meillä de lege lata vuoden 1948 OK 17:1:n vastainen, koska tuo säännös osoitti hänen mukaansa, ”ettei todistustaakan jakoa ollut tarkoitettu jättää tuomioistuinten in casu harkittavaksi”. Myös de lege ferenda hän torjui periaatteen:

”Oikeusvarmuus näet kieltämättä kärsisi, jos tuomioistuimet näytön ollessa perin vähäinen tai olematon ryhtyisivät arvailemaan, kummalla puolella on ollut ’övervikt’.

¹⁶⁴⁹ Tässä kohden Kolflaath, 2008, s. 149 – 156 viittaa oletukseensa, että asianosaiset ovat vakuuttaneet oikeudelle, että he tulevat ”å forklare den rene og fulle sannhet og ikke legge skjul på noe”. Hän katsoo, ettei ole itsestään selvää, miksi asianosaisen tulisi saada ”kaupanpäällisiksi” todennäköisyydet vaihtoehtoista, jotka eivät ole yhdistettävissä hänen omaan selitykseensä. Kun asianosainen selittää tosiseikkoja, hän ei esitä versiotaan velvoittamattomana *esimerkkinä* siitä, mitä on *saattanut* tapahtua, vaan *väittää* ja yrittää todistaa, että juuri *tämä* on todella tapahtunut. (kursivoinnit Kolflaathin)

Bolding itsekin on tähdentänyt sitä, että todistustaakkanormeilla tulee olla prejudikaattiarvoa. Ei liene vaikeata ennustaa, miten mainitun arvon kävisi, jos hänen systeemiään ryhdyttäisiin noudattamaan. Tällöin ei näet koskaan voitaisi tietää, kummalla puolella tuomioistuin katsoisi olevan enemmän luotettavuutta. Todistustaakka olisikin todennäköisyysteorian mukaan vain jutun tuomitsemishetken ns. ”väärä” todistustaakka. Tilastollisille näkökohdille tuomioiden sisällöstä tuskin voidaan lainkaan merkitystä antaa, ... Eihän ole mitään tilastoa, mistä olisi pääteltävissä, millainen tulos ja millaisin todennäköisyysprosenttein tietynlaisissa tosiasiallista pohjaa koskevissa riitakysymyksissä olisi odotettavissa. ... jouduttaisiin myös siihen, että kummankin riitapuolen olisi etukäteen varauduttava mahdollisimman laajoin näyttöaineistoin. ... Mikäli mentäisiin Eckhoffin ja Boldingin linjoille, merkitsisi se luottamista aivan minimaaliseen näyttöön, ja tuskin voitaneen kieltää sitä, että tuomioistuinten arvo tällöin vähenisi. Kiinteiden todistustaakkasääntöjen hylkääminen johtaisi lisäksi turvattomuuden tunteen leviämiseen yhteiskunnan jäsenten keskuudessa.... konkreettisen todennäköisyyden asettaminen todistustaakan jaon pohjaksi koituisi yleensäkin oikeusturvallisuudelle vaaraksi.”¹⁶⁵⁰

Halila katsoo lisäksi Boldingin liioitelleen ”oikeuselämässä vallitsevaa epävarmuutta todistustaakan jaossa. Erimielisyydet todistustaakkasäännöistä ovat nimittäin oikeustieteessä melkoista suuremmat kuin oikeuskäytännössä.” Halila päätyy lopuksi arveluun, ettei Eckhoffin ja Boldingin suosittelimille linjoille tulla menemään, ”ei meillä eikä muuallakaan”.¹⁶⁵¹

Tirkkonen tyytyi lähinnä viittaamaan Halilaan (todistustaakan jakoa ei ole jätetty tuomioistuimen in casu ratkaistavaksi) ja övervikt-periaatteen muuhun arvosteluun (oikeuslaitokseen kohdistuvan luottamuksen kannalta on parempi käyttää todistustaakkasääntöjä ja niistä luopuminen johtaisi turvattomuuden tunteeseen).¹⁶⁵²

Tauno Ellilä lausui övervikt-periaatteesta näin:

”Omalta kohdaltani olisin sitä mieltä – ja käytännössä siihen saataneen melko yleistä tukea – että uuden todistuslainsäädännön jälkeen ja vapaan todistusteorian päästyä Suomessa erittäin väljänä valtaan voidaan epäselvissä rajatapauksissa näytöllisessä harkinnassa ottaa huomioon myös *suurimman todennäköisyyden laki* tiettyä konkreettista näyttöä arvostellen.”¹⁶⁵³

1650 Halila 1955, s. 62 – 66. Hän myöntää kyllä, ettei laajoin aineistoin varautumista koskevan näkökohdan merkitystä sovi liioitella: asianosaiset hankkivat jo tuolloinkin tuekseen todisteita siihen katsomatta, kummalla ”todistelun riski” kulloinkin on, ja tästä on etua näytön tullessa mahdollisimman täydelliseksi.

1651 Halila 1955, s. 65 ja 68 – 69.

1652 Tirkkonen 1966, s. 139; 1977, s. 117 – 118.

1653 Ellilä 1976, s. 172 alaviite 3. Kursivointi Ellilän.

Nähdäkseni Ellilän mielipiteessä on huomionarvoista se, että hän viittaa, tosin potentiaalisissa, kannalleen olevan saatavissa ”melko yleistä tukea”.

10.3.3.2 Lappalainen

Lappalainen pitää mahdollisena soveltaa övervikt-periaatetta lasten huoltoa koskevien riita-asioiden todisteluun. Hän mainitsee nämä riidat esimerkkinä tilanteista, joissa ”näyttöratkaisu on tehtävä uskottavammaksi katsotun vaihtoehdon mukaisesti ja joissa myös tällainen vaihtoehto on pakko löytää”. Lappalainen lausuu: ”Yleensä huoltoriidassa pystytäneen faktat toki selvittämään niin luotettavasti, että niiden pohjalta voidaan arvioida kenelle lapsen huolto hänen etunsa mukaisesti uskotaan ja miten tapaamisoikeus järjestetään. Jollei luotettavaa faktaselvitystä saada, näyttöratkaisua ei nähdäkseni voida perustaa kiinteään todistustaakkasääntöön, joka ilmoittaisi, kumpi riidan osapuolista on näyttövelvollinen. Sen sijaan tuomioistuimien joutunee viime kädessä tekemään ratkaisunsa niiden lapsen edun kannalta relevanttien oikeustositseikkojen pohjalta, joiden hyväksi on ”näyttöönemmyys”.¹⁶⁵⁴

Lisäksi Lappalainen mainitsee övervikt-periaatteen mahdollisena soveltamisalana testamentin tulkintakanteet. Hän viittaa PK 11:1.1:n säännökseen ja katsoo, että ”näin ollen” ratkaisu on tehtävä sen tulkintavaihtoehdon mukaan, jonka tueksi on esitetty vahvinta näyttöä”. Lappalainen lähtee kuitenkin siitä, että todistustaakka on sillä, joka väittää testamentin tarkoitusta toiseksi kuin sen nimenomainen sanamuoto viittaa, mutta katsoo, että näyttökynnys edellyttää hänen väitteeltään vain todennäköisyysnäyttöä (”uskottavampi kuin sananmukainen tulkinta”).¹⁶⁵⁵

10.3.3.3 Jokela, Leppänen

Jokelan mukaan ei ”näyttöönemmyysperiaatteen mukaista näyttöratkaisua tule hyväksyä pääsäännöksi todistustaakkasääntöjen sijaan. Sen sijaan periaatetta voidaan pitää varteenotettavana vaihtoehtona riita-asioissa silloin, kun asiaa ei voida ratkaista vakiintuneiden todistustaakkasääntöjen avulla tai näiden sääntöjen soveltaminen näyttäisi johtavan asiallisesti väärän ratkaisuun.” Hän on maininnut periaatteen puutteena sen, että näyttökysymyksiä ei sen avulla voida ratkaista ”täydellisissä tasapelitilanteissa”. Kiinteiden todistustaakkasääntöjen puuttuminen voisi hänen mukaansa aiheuttaa myös epävarmuutta oikeuselämissä. Periaatteen soveltaminen voisi edellä sanotun lisäksi tulla kysymykseen riitakysymyksissä, joissa näyttö jompaankumpaan suuntaan on ”jo saavuttanut vahvan todennäköisyyden asteen, vaikkakaan ei täyttä varmuutta, ja

¹⁶⁵⁴ Lappalainen 2001, s. 333 – 334. Hän huomauttaa alaviitteessä 133 siitä, että sen ratkaiseminen, mikä on lapsen edun mukaista ”tiettyjen olosuhteiden vallitessa”, ei ole todistustaakkasääntöin ratkaistava näyttökysymys, vaan näyttöratkaisun pohjalta tehtävä arvostelma.

¹⁶⁵⁵ Lappalainen 2001, s. 334.

edellyttäen, että riidan osapuolilla on ollut yhtä hyvät mahdollisuudet todistelun esittämiseen.” Jokela toteaa, että kysymys on tällöin asian ratkaisemisesta *todennäköisysharkinnan* perusteella, ”mutta näytöltä vaadittaisiin kuitenkin tiettyä vakuuttavuutta.” Hänen käsityksensä mukaan tuomioistuinkäytännössä monissa tapauksissa näin myös menetellään.¹⁶⁵⁶

Leppänen on katsonut, että övervikt-ajattelu sopii hyvin yhteen sen perusnäkemysten kanssa, että yksittäistapauksissa olisi pyrittävä aina mahdollisimman oikeaan ratkaisuun.¹⁶⁵⁷

10.3.3.4 Norrgård ja vertaileva metodi

Marcus Norrgård toteaa övervikt-periaatteen piirteeksi, että sitä sovellettaessa ei voi olla enempää kuin kaksi vaihtoehtoa. Jos kantaja esittää kaksi vaihtoehtoa ja vastaaja kolme, teemametodin mukaan pitäisi laskea yhteen kaikkien muiden vaihtoehtojen todennäköisyydet kuin sen mitä ollaan tutkimassa, niin että lopuksi on kaksi vaihtoehtoa eli X ja ei-X, joita verrataan keskenään. Yhteenlasku on kuitenkin Norrgårdin mukaan mahdoton tehtävä. Norrgård hyväksyy övervikt-periaatteen kuitenkin tutkimusaiheessaan lähtökohdaksi.¹⁶⁵⁸

Norrgård hyväksyy övervikt-periaatteen tutkimusaiheessaan, summaarisissa kieltoratkaisuissa, mutta toteaa sen olevan vain lähtökohta. Norrgård katsoo päätösteorian edellyttävän, että näyttökynnykseen ensisijaisesti vaikuttavat ratkaisun seuraukset. ”Det betyder, att beviskravet skall vara flexibelt, d.v.s. det bör kunna variera från fall till fall.”¹⁶⁵⁹ Norrgårdin tulkinnan mukaan KKO on turvaamistomiasioissa katsonut, että todennäköisten syiden näyttökynnys on joustava ja vaihtelee juttutyypin mukaan, mutta ei in casu.¹⁶⁶⁰

Norrgård toteaa, että övervikt-periaatetta on kritisoitu siitä, että ennakkoitavuus kärsii, kun ei tiedetä, kenellä on todistustaakka. Hän huomauttaa

¹⁶⁵⁶ Jokela 2015, s. 352 – 353. Kursivointi Jokelan. Kuten edellä on todettu, Jokela on katsonut, ettei uusikaan säännös eli OK 17:2.1 näytä jättäneen todistustaakan jakautumista täydelleen tuomioistuinten vapaaseen harkintaan, joskin säännöksen merkitys on hänen mukaansa tulkinnanvarainen. Jokela mainitsee todennäköisysharkintaan sopivina riita-asioina lasten huoltoriidat, testamentin tulkintakanteet ja turvaamistomiasiat, vakuutus- ja muut kuluttaja-asiat, työasiat, ympäristöasiat ja sopimussuhteiden ulkopuoliset vahingonkorvausasiat, joissa ”saattaa olla kohtuutonta edellyttää, että vahingonkärsijä esittäisi täyden näytön vahingostaan ja sen syysuhteista.” Hän viittaa tässä ennakkopäätökseen KKO 1993:80. Hänen käsityksensä mukaan periaate voisi soveltua laajemmallekin kuin pelkästään dispositiivisiin riita-asioihin, eli myös indispositiivisiin riita-asioihin ja hallintolainkäyttöön.

¹⁶⁵⁷ Leppänen 1998, s. 144 – 145.

¹⁶⁵⁸ Norrgård 2002, s. 218. Norrgårdin tutkimusaiheessa, väliaikaisissa turvaamistomissa, binäärinen övervikt-periaate oli kuitenkin sopiva lähtökohta.

¹⁶⁵⁹ Norrgård 2002, s. 222. Hän lausuu, että esimerkiksi Ruotsissa näyttökynnys on in casu joustava. Hänen oma kantansa jää kuitenkin hiukan epäselväksi, sillä hän esittelee seuraavaksi erilaisia joustavuudesta esitettyjä näkemyksiä ”laidasta laitaan” (Ekelöf, Bolding, Lappalainen, Klami), ja ilmaisu päätösteorian vaatimuksesta voi olla myös tällaiseen teoriaan (vain) yleisesti liittyvänä piirteenä ilmaistu, samoin kuin s. 209.

¹⁶⁶⁰ Norrgård 2002, s. 222 – 224. Todennäköisten syiden näyttökynnys on takavarikkoasioissa Norrgårdin mukaan KKO:ssa katsottu olevan alhaalla (”ei ilmeisen perusteeton”), kun taas täytäntöönpanotoimenpiteissä se on ollut ”huomattavasti korkeampi”.

kuitenkin, että argumentti on koskenut normaaliprosessien todistustaakkaa ja näyttökynnystä. Hänen tutkimuksensa kohteena olevat summaariset kieltoprosessit eroavat normaaliprosessista olennaisessa kohdassa: normaaliprosessissa pyritään totuuteen prosessiekonomian kustannuksella, kun taas summaarisissa kieltoprosesseissa tilanne on päinvastainen. Siten ennakoitavuusnäkökohdalle ei Norrgårdin mukaan voida niissä antaa samaa merkitystä kuin normaaliprosessissa, ja argumentti menettää painoarvonsa summaaristen kieltoprosessien näyttökynnyksestä keskusteltaessa.¹⁶⁶¹

Norrgård on lausunut kehittäneensä vertailevan metodin oikeuskäytännön perusteella. Hän katsoo HD:n Ruotsissa useissa tapauksissa soveltaneen vertailevaa metodologiaa. Tällöin hän viittaa edellä selostettuihin ratkaisuihin NJA 1977 s. 176 ja NJA 1981 s. 622 sekä ratkaisuun NJA 1982 s. 421¹⁶⁶².

Jos olen ymmärtänyt oikein, vertaileva metodi on teemametodin perusteella kehitetty. Övervikt-periaate taas on eräs teemametodin muunnelma. Asetelma mainituissa HD:n ratkaisuissa on sellainen, että övervikt-periaatteen soveltaminen olisi ollut mahdollista.

Olennaista vertailevalle metodille on Norrgårdin mukaan ensinnäkin, ettei lukuarvoja käytetä, toisin kuin todistusarvo- tai teemametodin mukaan näyttöä arvioitaessa. Eri vaihtoehdot voidaan kyllä asettaa ”rangijärjestykseen” ja sanoa, mikä on todennäköisin, mikä seuraavaksi todennäköisin ja niin edelleen. Kaikki esitetyt vaihtoehdot asetetaan rinnakkain ilman yhdistämistä. Ensin tutkitaan, mitkä vaihtoehdot voidaan sulkea pois. Jos kaikki vastaajan vaihtoehdot voidaan sulkea pois ja jos ainakin yhtä kantajan vaihtoehdoista ei voida sulkea pois, kanne hyväksytään. Jos ainakin yksi vastaajan ja yksi kantajan vaihtoehdoista jää poissuljennan jälkeen jäljelle, on kysyttävä, onko kantaja onnistunut esittämään selvästi todennäköisimmän vaihtoehdon. Jos näin on, kanne hyväksytään. Joissakin tapauksissa voidaan hyväksyä todennäköisin vaihtoehto; tällöin on muun ohella otettava huomioon, onko todisteiden hankkimis- ja esittämismahdollisuuksissa tai virheellisen ratkaisun seurausten kantokäytävissä epätasapainoa. Jos asianosaiset ovat kumpikin esittäneet vain yhden vaihtoehdon, metodi muistuttaa övervikt-periaatetta.

Olennaista tuolle metodille on lisäksi, että kun vahingolle esitetään useita vaihtoehtoisia syitä, niiden keskinäisiä todennäköisyyksiä verrataan keskenään ja pyritään poissulkemaan eli eliminoimaan niitä, niin että jäljelle jää vain yksi, josta voi sanoa, että se on selvästi todennäköisin vaihtoehto. Metodi

1661 Norrgård 2002, s. 221 viittaa OK 7:3.2:n säännökseen, jonka mukaan hakijan intressi ja vastapuolen haitta tulee ottaa päätöksenteossa huomioon. Määräys on Norrgårdin mukaan selvä osoitus lainsäätäjän tarkoituksesta painottaa yksittäisen tapauksen kohtuullisuutta ennakoitavuuden kustannuksella, koska yksittäisen ratkaisun seurauksia ei voida ennakoida ennen konkreettista riitajuttua.

1662 NJA 1982 s. 421, Kontrast U -juttu, koska syy-yhteyttä selän röntgenkuvauksessa käytetyn varjoaineen ja potilaiden vahingon välillä.

on siis teemametodin johdannainen, mutta ei käytä lukuarvoja, ja se soveltuu Norrgårdin mukaan hyvin myös eliminointimenettelyn täydentäjäksi, tavallaan jatkajaksi. Huomion keskipisteessä ei ole yksittäisen syy-yhteysselityksen todennäköisyys (kuten todistusarvometodissa), vaan usean vaihtoehdon vertailu luonnolliselta pohjalta.

Jäljempänä esiteltävässä ennakkopäätöksessä KKO 1995:53 Norrgård katsoo KKO:n vähemmistön sekä KO:n ja HO:n soveltaneen komparatiivista metodologiaa; KKO:n enemmistö sovelsi todistusarvometodia.

Kolflaathin ja Strandbergin esityksistä käy ilmi kehitys myös Norjassa: relatiivinen övervikt, jolloin vaihtoehtoja voi olla enemmän kuin kaksi.

10.3.3.5 Saranpää

Timo Saranpää varoittaa, että hän ei tarkoita näyttöenemmyysperiaatteellaan samaa kuin Eckhoff ja Bolding, jotka hänen mukaansa liittävät näyttöenemmyysperiaatteen frekvenssiteorioille tyypilliseen tarkastelutapaan. Saranpää lausuu näkemyksensä näytön arvioinnista olevan hermeneuttisempi. Näyttökynnys ei välttämättä ”täsmennä” todistustaakkanormia siten, että näyttökynnsilmauksesta voitaisiin päätellä todennäköisyys, jota seikan ”näytetyksi” katsominen edellyttäisi. Saranpään määrittelee näyttöenemmyysperiaatteen siten, että sen mukainen ”näytön arviointi on objektiivis-normatiivisessa katsannossa päättelyä, jossa tuomioistuin asianosaisten vetoamislausumien ja esitetyn todistusaineiston rajoissa arvioi, kumman asianosaisen eduksi vaikuttava tosiseikkahypoteesi selittää paremmin käytössä olevan todistusaineiston.” ... ”Samalla näyttöenemmyysperiaate on juridinen teoria, jonka avulla pyritään määrittelemään, miten näytön arviointi olisi suoritettava.”¹⁶⁶³

Saranpää katsoo, että näyttöenemmyysperiaatteen ”tulisi olla johtava näytön arvioinnin periaate”. Hän kirjoittaa muun muassa seuraavasti:

”Todistustaakan soveltamisen kannalta merkityksellinen kysymys on, millaiseen näkemykseen näytön arvionnista se liitetään. Jos todistustaakkanormeihin liitetään subjektiivisessa katsannossa ”vakuuttuneisuuden” vaatimus, todistustaakasta tulee asianosaisen kannalta ankara normi. Tuomioistuimen kannalta vaatimuksesta ei juuri ole apua tuomion perustelemissa. Merkitystä on myös sillä, miten näyttövaatimus voidaan konkretisoida (näyttökynnyksen objektiivis-normatiivinen puoli).

Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen merkitsee, että riski ei ole todistustaakan kantavan asianosaisen kannalta yhtä ankara kuin täyden näytön määritelmä, koska näyttöenemmyys riittää lähtökohtaisesti todistustaakasta suoriutumiseen. Jos todistustaakan jostain oikeustosisesta kantavan asianosaisen faktaväitteet ovat

¹⁶⁶³ Saranpää 2010, s. 227.

todistusaineiston perusteella todennäköisempiä kuin vastapuolen väitteet, tuomioistuimen pitää katsoa tämän suoriutuneen todistustaakastaan. Jos taas todistustaakan kantavan asianosaisen vastapuolen faktaväitteet ovat todistusaineiston perusteella todennäköisempiä, tuomioistuimen pitää soveltaa todistustaakkaa ja katsoa todistustaakan piiriin kuuluvien seikkojen ”jääneen näyttämättä”.

Tuomioistuimen tulee siis aina ottaa ratkaisutilanteessa lähtökohdaksi todistustaakanormi. Kuitenkaan pelkkä tieto todistustaakan kohteesta ja siitä, kumman asianosaisen vahingoksi joidenkin näyttämättä jääminen koituu, ei ole informatiivinen arvioitaessa, miten tuomioistuimen tulee näyttöä arvioida. Erityisen tärkeää on arvioida, millaisista seikoista näyttöä on esitettävä, ja kumman asianosaisen vahingoksi näyttämättä jääminen koituu.”¹⁶⁶⁴

10.4 Periaatteen vaikutus uudempaan oikeuskäytäntöön: onko se hallitseva periaate nykyään ja minkälaisissa jutuissa?

10.4.1 Norja

Norjassa Eckhoffin overvekt-periaate on ollut oikeuskäytännössä merkittävässä asemassa.¹⁶⁶⁵ Voidaan kuitenkin esittää joitakin variaatioita niiden tilanteiden osalta, jolloin esimerkiksi virheellisen ratkaisun tiettyyn suuntaan koituvat seuraukset olisivat paljon kohtalokkaampia kuin vastakkaiseen suuntaan mennyt virheellinen tuomio. Tällöin ei riitä heikko näytön vahvempius, vaan kynnysenä pitää olla ”en temmelig sterk overvekt”. On siis käytettävä tilanteen mukaista todistustaakkasääntöä.¹⁶⁶⁶ Viitataan esimerkinomaisesti ratkaisuun HR-2016-2579-A, jossa oli kysymys siitä, onko vakuutusyhtiön näyttökynnyksenä mahdollisesta itsemurhasta overvekt vai klar overvekt. Tämä kiteytyi kysymykseksi, onko väitetty seikka ”særlig belastende” jommallekummalle asianosaiselle. Høyesterett päätyi katsomaan, että overvekt riittää. Strandberg on pohdinnassaan eri mieltä.¹⁶⁶⁷

¹⁶⁶⁴ Saranpää 2010, s. 233.

¹⁶⁶⁵ Per Augdahl 1961/1971 s. 102. Hänen mukaansa prosessioikeuden teoreettisissa esityksissä on yleensä sanottu, että vain sitä, mistä tuomari on varma, saadaan pitää ”todistettuna”, so. että overveiende sannsynlighet ei tule kysymykseen. ”Men praksis går urokkelig teorien imot – og har gjort det lenge.” Alaviitteen 1 mukaan s. 102 hän katsoo mainitsemansa teoreettikkojen kannan olevan epäilyksettä jätettäväksi samasta epäluottamuksesta tuomarin arviointikykyä kohtaan, joka ilmeni legaalisisessa todistusteoriassa. Se, että epäluottamus on pitänyt pintansa pitempään teoreettikkojen kuin itse tuomarien keskuudessa, ”er lett forklarligt”.

¹⁶⁶⁶ Per Augdahl 1961/1971, s. 103.

¹⁶⁶⁷ Strandberg 2017, s. 68 – 73.

Tuoreessa tutkimuksessaan norjalainen Tarjei Ellingsen Røsvoll on tuonut kuitenkin esiin, ettei käsitys overvekt-periaatteen hallitsevuudesta jo Eckhoffin ajoista lähtien aivan pidä paikkaansa.¹⁶⁶⁸ Hän ajoittaa periaatteen varsinaisen ”läpilyönnin” oikeuskäytännössä noin vuosiin 1974 – 2001 ja mainitsee eräinä merkittävänä ratkaisuina norjalaiset ”P-pille”-tuomiot I ja II (Rt-1974-1160 ja Rt. 1992 s. 64).¹⁶⁶⁹

Erling Eiden teoksen esipuhe antaa ymmärtää, että Norjassa on pantu vireille uudistushanke muun muassa todistusharkintaa silmällä pitäen.¹⁶⁷⁰

10.4.2 Ruotsi

10.4.2.1 Johdantoa

Bolding mainitsee vuonna 1960, ettei hän ollut pystynyt löytämään Ruotsin oikeuskäytännöstä ratkaisua, jonka voitaisiin epäilyksittä sanoa tukevan teoriaa, että övervikt-periaatetta on sallittua soveltaa. Hän tuo esille kuitenkin eräitä ratkaisuja, joissa esitetyt näkemykset mahdollisesti käyvät yksiin sanotun teorian kanssa.¹⁶⁷¹ Bolding katsoo ainakin tuossa vaiheessa, ettei ole viisasta hylätä periaatetta kokonaan, muttei myöskään pitää sitä yleisesti sovellettavana. Sitä voitaisiin käyttää kuitenkin eräänlaisena lähtökohtana keskusteltaessa todistustaakasta.¹⁶⁷²

Heuman katsoo, että Ruotsissa ei övervikt-periaatetta yleisesti sovelleta.¹⁶⁷³ Heuman on kyllä katsonut, ettei oikeuskäytännöstä saada tukea sille, että HD olisi hyväksynyt övervikt-periaatteen puhtaaksiviljelyssä muodossa, mutta

1668 Røsvoll TfR 2 – 3 /2020, s. 161 – 218, erityisesti s. 191 – 196. Hän on perusteellisesti analysoinut Høyesterettin aiempaa oikeuskäytäntöä s. 175 – 179, ja samoin hän analysoi norjalaista tieteisoppia.

1669 Erityisesti jälkimmäinen edesauttoi periaatteen leviämistä (korvausasioista) kaikenlaatuisiin riita-asioihin; Røsvoll TfR 2 – 3 /2020, s. 194 – 196.

1670 Eide 2016, s. 5 alaviite 1.

1671 Bolding 1960, s. 19 – 20. Ratkaisut ovat HD:n ratkaisut NJA 1898 (sic) 479, 1936 NJA 439 ja 1959 NJA 318. Ensimmäisessä eri mieltä ollut jäsen oli käyttänyt ilmaisua ”med övervägande bevisning”, ja toisessa ja kolmannessa HD oli käyttänyt ilmaisua ”övervägande skäl”. Lienee niin, että maininnoissa ei ole tarkoitettu övervikt-periaatteen olleen voimassa, vaan että ne saattavat viitata vain esitetyn näytön arvion kuvaajaan – eli todistusarvopisteeseen, kuten Bolding itsekin arvioi. Lisäksi ”övervägande skäl” voi käsittääkseni tarkoittaa enemmänkin argumenttien vahvemmuutta kuin suoranaista epistemistä todennäköisyyttä.

1672 Bolding 1960, s. 21 – 22. Hän vaikuttaa yllättävänkin varautuneelta (”jatkotutkimus osoittaisi hyvin todennäköisesti, että periaatetta ei voida soveltaa missään suuressa määrässä juttuja, koska lähes aina on käsillä argumentteja, jotka edellyttävät korkeata todennäköisyyden astetta jommankumman hypoteesin hyväksi”).

1673 Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 79 ylh. (”I allmänhet tillämpas inte denna princip, utan i stället en bevisbörderegel.”); s. 95: ”Principen har emellertid inte fått något renodlat stöd i JD:s praxis.”; s. 97 (”...Ett mycket lågt beviskrav riktas mot försäkringstagaren. Lösningen ligger nära överviktsprincipen.”); s. 136: ”Sannolikhetsargumentationen bygger på målsättningen att så många mål som möjligt skall få en materiellt riktig utgång. Denna målsättning talar för att överviktsprincipen skall tillämpas och att man endast skall frångå principen om det finns andra argument som talar för det, t.ex. att ena partena har långt bättre bevisningsmöjligheter än andra parten. Ett sådant renodlat principiellt tänkesätt har inte stöd in praxis.”

todennut, että HD on kuitenkin useissa tapauksissa liittynyt siihen asettamalla hyvin alhaisen näyttövaatimuksen. Joissakin tilanteissa HD on asettanut matalan näyttövaatimuksen käyttämällä vertailua tai vertailevan osatekijän avulla. Tuomiossa on lausuttu, että asianosaisen on saatettava väitteensä selvästi todennäköisemmäksi kuin vastapuolen väite tai oletettavammaksi kuin tämän väite.¹⁶⁷⁴

10.4.2.2 Ratkaisuja ja kommentteja: NJA 1975 I s. 657, 1976 s. 667, 1977 s. 176, 1977 s. 549, 1981 I s. 622

NJA 1975 I s. 657: kysymys oli siitä, miten näyttövelvollisuus ja -harkinta järjestyy tilanteessa, kun vuokralaisen hallinta-aikana kylpyammeen emalipinta oli saanut kolhun ja riitaa oli siitä, oliko se vuokralaisen tai hänen vastuullaan olevan aiheuttama vai syntynyt jollain muulla tavalla. Kysymys ei varsinaisesti ole vielä övervikt-periaatteen sovelluksesta vaan presumption asettamisesta ja sen kumoamisesta. Periaatteelle ehkä osin luonteenomaista harkintaa näkyi, paitsi ehkä presumption asettamisessa, ennen kaikkea siinä, miten vähällä tuo presumptio kumoutui. Jutussa vuokranantaja vaati vahingonkorvausta vuokralaiselta.

HD totesi ensinnäkin, että vahinko sattui vuokra-aikana ja omaisuudelle, jolle sinä aikana on yleensä pääsy vain vuokralaiselle ja niille joista tämä vastaa, ja että tämänkaltaisen vahinko tyypillisesti aiheutuu huolimattomuudesta. HD asetti presumption, että tämänkaltaisen vahingon voidaan katsoa olevan aiheutunut vuokralaisen tai tämän vastuulla olevien henkilöiden tuottamuksesta, ellei tule ilmi seikkoja, jotka viittaavat siihen, että vahinko on syntynyt muulla tavalla. Jutussa vuokranantaja oli ilmoittanut, että mitään vahinkoa ei ollut havaittu 23.11.1971 pidetyssä tarkastuksessa. Marras- tai joulukuussa kiinteistönhoitaja oli käynyt korjaamassa ammeen julkisivun takana olevaa lämpöpatteria ja huomauttanut vuokralaisen vaimolle, että amme oli vioittunut. Vuokralainen ja tämän vaimo ovat kertoneet, etteivät olleet ennen korjausta havainneet vikaa ammeessa, ja kiinteistönhoitaja vuorostaan, ettei ollut korjauksen yhteydessä pudottanut mitään työkalua ammeeseen ja että hän oli varma, ettei ollut aiheuttanut vikaa. HD katsoi, että nämä ristiriitaiset lausunnot eivät antaneet varmaa pohjaa sen arvioimiseen, miten vahinko oli syntynyt. ”Med hänsyn till skadans art och läge samt omständigheterna i övrigt måste det dock anses som en rimlig möjlighet att skadan kan ha uppkommit på annat sätt än genom vållanden av hyresgästen eller någon som denne svarar för.” Siksi kanne hylättiin. – Esittelijä olisi pitänyt vahingon laatuun ja muihin olosuhteisiin nähden todennäköisenä, että vuokralainen tai hänen vastuupiiriinsä kuuluva oli tuottanut vahingon, ja kun tämä ei näyttänyt vastakohtaa, hänen olisi mietinnön mukaan tullut korvata vahinko.

1674 Heuman 2005, s. 46.

NJA 1976 s. 667: kysymys oli kahden yksityishenkilön välisestä velanannosta. Velkojan vaatiessa maksua velallisen allekirjoittaman asiakirjan perusteella tämä väitti, että nimikirjoitus ei ollut hänen. Asiakirjan (”kuitin”) mukaan velallinen oli vastaanottanut velkojalta sen rahamäärän, jota nyt velottiin. HD katsoi ensinnäkin, että muuta seikkaa väärennysväitteen tueksi ei ollut tullut esiin kuin velallisen totuusvakuutuksin antama lausuma. Sitä vastassa olivat velkojan totuusvakuutuksin antama lausuma ja hänen vaimonsa todistajankertomus, että velallinen oli heidän läsnä ollessaan allekirjoittanut kuitin. Niitä tuki vielä muun muassa seuraava. Velallinen oli KO:ssa ja HO:ssa väittänyt, ettei kyseisenä ajankohtana ollut ylipäättään osannut kirjoittaa latinalaisia kirjaimia, mutta HD:ssä velkoja oli esittänyt velallisen noin viikkoa myöhemmin eräässä musiikkikaupassa allekirjoittaman kuitin ostokseen liittyen, eikä tämä ole siinä kiistänyt allekirjoitustaan. Nämä seikat olivat omiaan vähentämään velallisen väitteen uskottavuutta. Nyt kiistetyssä kuitissa oli ollut mainittuna velallisen passin numero, ja HD katsoi tämän selittyvän luonnollisemmin niin, että velallisella oli – kuten velkoja ja tämän vaimo olivat kertoneetkin – oli ollut passi käsiällä kuittia kirjoitettaessa, kuin niin, että mahdollinen väärentäjä olisi lisäksi hankkinut passin käsiinsä. Näytön kokonaisharkinnassaan ”... finner HD överbälgande sannolikt att Jovanovic undertecknat kvittot ... Detta får därför godtagas som ett fordringsbevis...” . – Esittelevä jäsen (referentti) oli eri mieltä ja huomautti mm., ettei nimikirjoitusten asiantuntijatutkimusta ollut tehty eikä aitoudesta voinut tehdä. Vaikka otetaan huomioon, että yleisesti katsoen voi olla perusteltua pitää vähemmän todennäköisenä, että joku vetoaa vaatimuksensa tueksi väärään asiakirjaan kuin että joku virheellisesti kiistää allekirjoituksensa vapautuakseen velasta, ei hänen mielestään velkojan aitouden hyväksi esittämä näyttö ollut niin vahvaa, että velallisen väite olisi kumottu ja että voitaisiin siis lähteä siitä, että velallinen oli allekirjoittanut kuitin.¹⁶⁷⁵

NJA 1977 s. 176:¹⁶⁷⁶ Vahingonkorvausasiassa kysymys koski muun ohella sitä, oliko syynä ajoneuvon luistoon joutumiseen ollut tiessä ollut iso kuoppa vai jokin muu, tienpitäjän esiintuoma syy. HD totesi ensin periaatteellisina kannanottoina, että sopimuksenulkoista vahingonkorvausta koskevista jutuissa on usein riitaa siitä, mikä oli aiheuttanut vahingon. Usein erilaiset tapahtumainkulut voivat olla täysin ajateltavissa ja jokainen toisistaan riippumaton asiantila voi näyttää mahdolliselta vahingon syytä. Sellaisissa tapauksissa täyteen näyttöön sanan

¹⁶⁷⁵ Tähän ratkaisuun, jossa siis velkojalla oli todistustaakka asiakirjan aitoudesta, HD viittaa vrt.-merkinnällä ratkaisussaan NJA 1992 s. 263. Siinä näyttövelvollisuus asetettiin velalliselle, mutta alennettuna. Viimeksi mainittua ratkaisua on käsitelty edellä alkuperäistodennäköisyyden yhteydessä. Ks. siitä myös Heuman 2005, s. 438 ja Heuman teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s.131 ja 144. – Heuman 2005, s. s. 457 alaviitteessä 1408 pitää epäselvänä, onko NJA 1976 s. 667 todella ilmausta överbikt-periaatteesta.

¹⁶⁷⁶ Heuman 2005, s. 46 alaviite 89, nimittää tätä syy-yhteyden näyttökynnystä koskevaa ratkaisua ilmaisulla ”det första ledande fallet” niiden ratkaisujen joukossa, joilla HD on ”nära anslutit sig till denna grundsats genom atta uppställa en (?) mycket lågt beviskrav.”

varsinaisessa merkityksessä (”full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse”) voidaan tuskin koskaan päästä. Tämä ei sinänsä saa olla esteenä vahingonkorvausvaatimuksen hyväksymiselle. Niinpä, jos kaikki asiassa ilmitulleet seikat huomioon ottaen näyttää selvästi todennäköisemmältä, että tapahtumainkulku on ollut vahingonkärsijän väittämän mukainen, kuin jokin niistä asianlaidoista, joita vastapuoli on väittänyt vahingon syyksi, vahingonkärsijän tapahtumainkulkua koskeva väite on otettava tuomioistuimen ratkaisun pohjaksi.

Edellä oleva ratkaisu käy nähdäkseni esimerkistä useissakin suhteissa. Se kuvaa ensinnäkin hypoteeseja, toiseksi (kvalifioitua) överviktä ja kolmanneksi se voidaan tulkita vielä överviktin relatiiviseksi versioksi. HD arvioi ensin eräiden kuoppa-selityksen tueksi esitettyjen yksittäisten seikkojen todennäköisyyksiä ja vertaili tähän muita selityksiä suistumiselle. Kokonaisarvioinnissaan HD katsoi, että sen seikan todennäköisyys, että luisuminen oli alkanut kuoppaan ajamisesta tai että kuopan olemassaolo muulla ratkaisevalla tavalla oli aiheuttanut auton joutumisen luistoon, ”...är så mycket större än sannolikheten för att olycksorsaken varit en annan, att det måste anses utrett i målet, att olyckan orsakats på detta sätt”.

Lars Welamson 1982 on katsonut, että HD periaatteellisessa kannanotossaan ei ole pitänyt riittävänä, että vahingonkärsijän väittäma tapahtumainkulku on selvästi todennäköisempi kuin jokainen ajateltavissa oleva vaihtoehto erikseen, vaan että kaikkien muiden tapahtumainkulkujen yhdistettyä todennäköisyyttä on verrattava vahingonkärsijän esittämään. Welamsonin tulkinnan mukaan viimeksi mainitulla täytyy HD:n enemmistönkin mukaan olla yli 50 %:n todennäköisyys puolellaan. Riippuen siitä, mikä sisältö sanalle ”selvästi” on ollut tarkoitus antaa, on Welamsoninkin mukaan mahdollista, että kannanotto on ainakin varsin lähellä Boldingin övervikt-periaatetta. Welamson huomauttaa vielä, ettei HD:n periaatekannanotto rajoitu kyseisen jutun kaltaisiin tilanteisiin, joissa vahingonkärsijän vastapuoli oli todistettavasti syyllistynyt laiminlyöntiin ja kysymys on huolimattomuuden ja vahingon välisestä syy-yhteydestä. Näyttää siltä, että periaate on tarkoitettu koskemaan ilman mitään rajoituksia koko sopimuksenulkoisen vahingonkorvauksen aluetta, siis myös niitä tapauksia, joissa väitetään, että vahingon oli aiheuttanut huolimattomuus vastaajan puolella, mutta jota ei perinteellisessä mielessä ole vahvistettu (styrkt). Övervikt-periaatetta lähestyvän periaatteen omaksuminen näyttää sellaisissa tilanteissa ”ganska uppseendeväckande”.¹⁶⁷⁷

Kommenttinani katson, että Welamsonin näkemys (jolle HD:n perustelun sanamuoto ei välttämättä anna tukea) perustuu ajatukseen todennäköisyyksien yhteenlaskemisesta. Tämä lienee jo itsessään mahdotonta. Nuo tapahtumainkulut

¹⁶⁷⁷ Welamson 1982, s. 146. Hän viittaa vielä ratkaisuun NJA 1981 s. 622. – Heuman 2005, s. 46 alaviitteessä 89 vuorostaan huomauttaa Welamsonin viimeisestä sananvalinnasta, että ”(d)enna karaktäristik innefattar inte någon saklig kritik av överviktsprincipen.”

voivat olla osittain toisensa poissulkevia, osittain toisistaan riippuvia ja joka tapauksessa koostua erilaisista komponenteista, seikoista ja seikastoista, joiden erilaisuus aiheuttaa sen, että niiden yhdessä käsitteleminen yhdistettynä vasta-poolina vahingonkäräjien esittämälle tapahtumainkululle on ajatuksellisestikin mahdotonta.

Welamson viittaa lisäksi vielä ratkaisuun NJA 1981 s. 622. Tuossa ratkaisussa kuitenkin nähdäkseni HD esittää selvästikin, että vahingonkäräjien väittämän tapahtumainkulun on oltava selvästi todennäköisempi kuin jokin vastapuolen vahingon syyksi esittämä selitys. Ei siis edellytetä vertaamista mihinkään selitysten todennäköisyyksien yhteenlaskun summaan.

NJA 1977 s. 549: tapauksessa oli riitaa siitä, oliko holografinen testamentti tehty testaattorin hätätilan eli öisten sydänvaivojen aikana vai jo aikaisemmin. Testaattori oli aamulla mennyt naapuriin ja sieltä sairaalaan, jossa oli samana päivänä kuollut. Testamentissa ei ollut päiväystä. HD totesi ensin, että koska hätätilatestamentin luonteeseen kuuluu, ettei todistajia ole, lienee vain erityistapauksissa mahdollista täydellä varmuudella ("med full säkerhet") todeta, että päiväämätön testamentti on kirjoitettu tiettyä ajankohtana. Päiväyksen puuttumista henkisessä ahdistuksessa tehdystä hätätilatestamentista HD piti sinänsä hyvin selitettävissä olevana ja joissakin tilanteissa se voinee olla jopa indisio siitä, että testamentti oli syntynyt hätätilan aikana. Kaikissa tilanteissa ei näytä myöskään olevan niiden kohtuusperusteiden mukaista, joihin holografisen testamentin hyväksyminen päteväksi perustuu, että tämänkaltaiset todisteluvaikeudet ilman muuta siirretään sen haitaksi, joka vetoaa testamenttiin. Tässä tilanteessa HD:n mukaan näyttää sen vuoksi siltä, että on asetettava lievempi näyttövaatimus/alhaisempi näyttökynnys. Kun testaattori oli todistettavasti ollut hätätilassa vähän ennen kuolemaansa, täytyy sittemmin löytynyt testamentti hyväksyä hätätilatestamentiksi (ÄB 10:3 mukaiseksi), niin pian kuin asiakirjan sisältö ja muut seikat huomioon ottaen "...framstår som klart mera sannolikt att den skrivits i nödläget än att den tillkommit i annat sammanhang". HD katsoi asiakirjan sisällöstä ja muodosta muutoin ilmenevän, että se oli tarkoitettu viimeiseksi tahdoksi. Useat seikat puhuivat sen puolesta, että se oli kirjoitettu kyseisenä yönä. Selvitys viittasi siihen, että sydänvaivat tulivat tuona yönä äkkiä ja ennalta-arvaamatta. HD piti esittämillään syillä testaattorille tärkeänä tehdä tällaisessa akuutissa sairaustapauksessa testamentti juuri tälle nuoremmalle sukulaiselle. Testaattorin voidaan olettaa tienneen todistajien tarpeellisuudesta, ja niiden puuttuminen on lähinnä selitettävissä siten, että tuossa tilanteessa tekijällä ei ollut ollut mahdollisuuksia kutsua niitä. HD arvioi vielä testamentin löytöpaikan – kirjoituspöydän keskilaatikon, ei pöytätason – merkitystä; testaattori oli selvästi tuntenut olonsa aamulla paremmaksi ja arvellut palaavansa pian sairaalasta. Hän ei silloin ehkä pitänyt tärkeänä, että asiakirjan sisältö tai edes sen olemassaolo tulisi ulkopuolisen tietoon. Samoista syistä on luonnollista, ettei hän puhunut testamentista ennen sairaalamatkaansa.

HD katsoi HO:n tavoin, ettei ollut poissuljettua, että testamentti oli tehty eri ajan-kohtana kuin tuona yönä. HD ei kuitenkaan pitänyt yhtäkään ajateltavissa olevista vaihtoehtoisista tapahtumainkuluista todennäköisenä. Ei oikeastaan voitu olettaa, että testaattori olisi tietämättömänä todistajien tarpeesta kirjoittanut asiakirjan uskoen, että jo tällä oli syntynyt pätevä tavallinen testamentti. Tuskin uskottavaa on sekään, että hän olisi, olematta hätätilassa, itse muotoillut ja kirjoittanut ja allekirjoittanut tuollaisen muodoltaan ja sisällöltään täydellisen testamentaarisen määräyksen ajatellen, että joskus myöhemmin todistuttaa sen. Lienee luonnollista hänen tilanteessaan olevalle sellaiselle henkilölle, joka normaalioloissa haluaa tehdä testamentin, että hän tekee tarvittavissa määrin muistiinpanoja säädöksen sisällöstä ja tämän jälkeen sopivassa tilanteessa yrittää saada tarvittavaa apua testamentin muotoiluun joltain kokeneemmalta henkilöltä, ja tässä yhteydessä asiakirja voitaisiin myös todistaa oikeaksi.

Kokonaisharkinnassaan HD ”... finner HD möjligheten att testamentshandlingen skrivits under Karlssons nödläge natten till d 26 april 1975 så mycket mera sannolik än andra tänkbara möjligheter, att handlingen i enighet med det förut anförd måste antas ha tillkommit vid detta tillfälle.”¹⁶⁷⁸

NJA 1981 I s. 622: kysymys oli siitä, mikä oli ollut kalankasvattajan kalojen kuoleman aiheuttaja. Tämä väitti, että se oli fenoli, mahdollisesti metalleihin yhdistyneenä, ja että myrkyt olivat peräisin kunnan pintavesijohdon päästöistä. Kunta väitti, että vahinko on johtunut hapenpuutteesta, minkä lisäksi rikivedyn esiintyminen oli voinut vaikuttaa. Muihin täsmennettyihin vahingon syihin kunta ei HD:ssä enää vedonnut. HD katsoi aluksi, että täyttä varmuutta (full visshet) kalakuoleman aiheuttajasta ei voitu jutussa esitetyn selvityksen perusteella saada. Tämä ei kuitenkaan estä kanteen hyväksymistä. HD viittasi¹⁶⁷⁹ ratkaisuunsa NJA 1977 s. 176 ja lausui, että osassa vahingonkorvausriitoja, joissa syy-yhteyksikysymys on riitainen, voidaan pitää vahingonkärsijän väittämän tietyn syy-yhteyden kulun hyväksymiseksi riittävänä, että se näyttää selvästi todennäköisemmältä kuin jokin vastapuolen esittämä selitys vahingolle ja että se lisäksi itsessään on todennäköinen jutun olosuhteet huomioon ottaen. Juuri silloin, kun on kysymys niin vaikeasti hahmotettavista ja monimutkaisista tapahtumainkuluista kuin ympäristömyrkköjen ja vastaavien kautta tapahtuneista pilaantumisista, tällainen näyttövaatimuksen lieventäminen/näyttökynnyksen laskeminen näyttää erityisen perustellulta.

¹⁶⁷⁸ Ratkaisu oli äänestys 3-2. Vähemmistö katsoi lyhyessä eriävässä mielpiteessään, että jutussa oli tosin seikkoja, joiden voi katsoa jossain määrin viittaavan siihen, että asiakirja oli tehty kyseisenä yönä. Jutussa esitetyn selvityksen perusteella on kuitenkin myös kohtuullinen mahdollisuus (rimlig möjlighet), että yksin asunut 72-vuotias ja ajoittain sairastellut testaattori oli kirjoittanut asiakirjan jossakin toisessa yhteydessä. Ensimmäinen vaihtoehto ei ole niin paljon todennäköisempi kuin jälkimmäinen, että voidaan lähteä siitä, että asiakirja oli syntynyt kyseisenä yönä.

¹⁶⁷⁹ Tosin merkinnällä ”jfr.”.

HD kävi läpi eräiden vahingonkärsijän väitettä tukevien todisteiden näyttöarvoa, mutta huomautti myös siitä, että eräin kohdin vallitsi epävarmuus väitetystä tapahtumainkulusta. Näyttöä kokonaisuutena arvioitaessa voitiin kuitenkin katsoa, että vahingonkärsijä oli tehnyt väitteensä ”...så pass sannolikt som rimligen kan fordras i förhållanden av detta slag.” Vahingonkärsijän selitys kalakuolemille ”...framstår vidare som betydligt troligare än annan skadeorsak som berörts i målet. Tillräcklig bevisning föreligger därför om orsakssammanhang mellan utsläpp från avloppsanläggningen och fiskdöden.”

10.4.3 Suomi

10.4.3.1 Johdantoa

Seuraavassa käyn läpi ennakkopäätöksen KKO 1995:53, jonka voisi, vahvemmin tai heikommin, tulkita edustavan övervikt-periaatteen mukaista ajattelua, tai varovaisemmin sanottuna joitakin sen piirteitä. Enemmistö ei kuitenkaan ole lopputuloksen perustelussa soveltanut periaatetta. Ainakaan tällä hetkellä kotimaisessa oikeuskäytännössä ei juuri tavattane ratkaisuja, joiden näyttöratkaisua perusteltaisiin käyttämällä suoranaista viittausta periaatteeseen¹⁶⁸⁰ – eikä sellainen ole tarpeen eikä edes toivottavaa.¹⁶⁸¹ Käytetyistä sanamuodoista voidaan kuitenkin jossain määrin päätellä sitä ajattelun kulkua, joka on saattanut olla taustalla. Osuva ilmaus övervikt on Ruotsin oikeuskäytännössä ollut useasti käytössä. Ehkä se, että meillä on puuttunut kunnollinen ja käyttökelpoinen vastine tälle sanalle, on osaltaan onnekkaasti ollut omiaan johtamaan siihen, että periaatetta tai sen sanallista esiintuomista on perusteluissa vieroksuttu? Tuomion perustelujen tulkinnassa on aina tarpeen tietynasteinen varovaisuus.

10.4.3.2 Ennakkopäätöksen KKO 1995:53:n selostus

Kysymyksessä oli valtioon kohdistettu vahingonkorvauskanne. Sen mukaan lapselle annettu rokote oli aiheuttanut hänelle sairauden. Suomessa alkoi 1980-luvun alkupuolella esiintyä poliota, ja viranomaiset käynnistivät laajan

1680 Jokela 2015, s. 352 mainitsee hovioikeuskäytännöstä yhden esimerkin (Kouvolan HO 13.1.2011, Finlexissä KouHO 2011:1. Kun kysymys oli siitä, oliko vakuutustapahtuma sattunut, hovioikeus lausui muun muassa näin: ”Punnittaessa vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja auton katoamisesta hovioikeus päätyy siihen, että ensimmäisessä kappaleessa kerrotut tiedot viittaavat vahvasti siihen, että auto on anastettu käyttämättä sen avaimia. Tämän perusteella hovioikeus katsoo, että N on saattanut todennäköisemmäksi, että vakuutustapahtuma on sattunut. Näillä perusteilla hovioikeus päätyy samaan lopputulokseen kuin käräjäoikeus vakuutuskorvauksen suorittamisvelvollisuudesta.” Ratkaisu käy mielestäni paremminkin esimerkiksi hypoteesiteoriasta; jollakin tavallahan vahvempaa pidetyn vaihtoehdon suurempi todennäköisyys on ilmaistava.

1681 Joustavaan normiin annettu prejudikatiivinen ohjaussääntö jäykistää tulkintaa ja rajoittaa vapautta; ks. Wallerman 2015, s. 245. Sama koskee käsittääkseni myös kaikenlaisia obiter-tyyppisiä ”normeja”, kuten tietyn teorian esilletuontia suositeltavana keinona.

rokotusohjelman koko väestön rokottamiseksi. Rokote annettiin sokeripalana suun kautta ja kansalaisten vastuuta sen hankkimisesta korostettiin.

Kantaja, kaksivuotias tyttö oli sairastunut Guillain-Barré-tautiin, ja kan-teessa katsottiin taudin olevan seurausta poliorokotuksesta. Jutussa luodattiin useampiakin vahingonkorvausoikeuden periaatteita. Todistelun ongelmat kes-kittyivät pitkälti siihen, oliko rokotuksella ja sairastumisella ollut syy-yhteys.

KO selosti ensin erästä tutkimusta lasta hoitaneen ja tutkijaryhmässä mukana olleen lääkärin todistajankertomuksen perusteella. Tutkimus oli käsitellyt taudin esiintymistä lapsilla Suomessa vuosina 1980 – 1985, ja esillä oleva tapaus oli ollut siinä mukana. Tutkimuksessa oli tultu siihen tulokseen, että vuonna 1985 Suomessa oli ollut tilastollisesti enemmän sanottua tautia kuin aikaisemmin. Sairaudet olivat puhjenneet muutamia päiviä tai muutamia viikkoja rokottamisajankohdan jälkeen ja kaikki sairastuneet olivat olleet lapsia. Tutkimuksen perusteella oli selvästi näh-tävissä, että sairaustapausten määrä kasvoi poliorokotuksen jälkeen ja aleni kohta sen jälkeen normaalille tasolle. Tutkimuksesta voitiin tehdä sellainen johtopäätös, että suoritetuilla poliorokotuksilla oli ainakin ajallinen yhteys tautiin. Lääkäri oli kuitenkin korostanut sitä, että oireyhtymän synty tapa oli edelleen lääketieteessä tuntematon ja että ainoastaan ajallisia päätelmiä rokotteen antamisesta taudin puh-keamiseen voitiin tehdä. Polio-Sabin-rokote aiheutti infektion ihmisen elimistössä. Lapselle oli suoritettu hyvin laajat virustutkimukset eikä niissä ollut löydetty mitään virusta, jota olisi voitu pitää taudin laukaisijana. Tästä syystä, kun ainoa tavalli-suudesta poikkeava seikka oli ollut sanottu rokote, tutkijaryhmä oli otaksunut, että tämä oli ollut taudin laukaisija.

KO kävi läpi vaihtoehtoisia syitä sairastumiselle. Se katsoi kantajan puolesta näyte-tyt, että hän oli ollut ennen rokotteen saamista täysin normaali ja terve lapsi eikä hänessä ollut esiintynyt rokotteen saamisen ja taudin puhkeamisen välisenä aikana mitään muita havaittavia infektioitauteja. Edellä mainitun, alan asiantuntijan lau-suntona pidettävän todistajankertomuksen perusteella voitiin päätellä, että sairaus ei ollut johtunut ainakaan elimistössä tutkimusajankohtana havaittavissa olleesta virusinfektiosta. Näin ollen taudin muiksi mahdollisiksi laukaisijoiksi jäivät sanottu poliorokote, oireeton virusinfektio tai muu syy. Kahden viimeksi mainitun osalta ei ollut esitetty mitään lääketieteellistä edes mahdollista selvitystä vaan pelkästään arvailuja ja olettamuksia. Sen sijaan Sabin-rokotteen osuudesta taudin mahdollisena laukaisijana oli esitetty siinä määrin painavia lääketieteellisiä perusteita, että KO kat-soi Sabin-rokotteen todennäköisesti aiheuttaneen kyseisen taudin kantajassa. Tämä oli siten riittävässä määrin näyttänyt toteen rokotteen ja taudin välisen syy-yhteyden.

HO oli toista mieltä. Se selosti ensin lapselle taudista muutoin tehtyjä tutkimuksia ja lausui, että Suomessa tehdyissä tutkimuksissa oli ollut varsin pieni aineisto ja että niiden tulokset eivät olleet yksiselitteisiä. Ulkomailla Sabin-rokotusta ei ollut

yhdistetty Guillain-Barré-oireyhtymän syntymiseen. HO katsoi, etteivät tutkimukset osoittaneet, että Sabin-rokotuksella ja oireyhtymän puhkeamisella olisi jotain erityistä yhteyttä.

Suomessa ja ulkomailla tehdyissä tutkimuksissa oli todettu Guillain-Barré-oireyhtymään sairastuneilla olleen yleensä sitä ennen jonkinlainen infektio. Vaikka lääketiede ei kyennyt varmuudella sanomaan, että infektio laukaisee oireyhtymän, HO katsoi oikeudellisesti riittävällä todennäköisyydellä selvitetyn, että infektio on yksi mahdollinen oireyhtymän laukaisija. Kun Sabin-rokotus aiheutti elimistössä jonkinlaisen infektion, HO piti mahdollisena, että myös mainittu rokotus voi laukaista oireyhtymän.

Kantajalla oli ennen oireyhtymän puhkeamista ollut korvatulehdus ja ripuli. Korvatulehdus saattoi olla viruksen ja/tai bakteerin tai myös rokoteviruksen aiheuttama. Ripuli voi olla infektion tai korvatulehdukseen käytetyn lääkityksen aiheuttama. Hänen sairastuessaan liikkeellä oli ollut ainakin ”villii” poliovirusta, influenssa A- ja B-virusta sekä rotavirusta. Myös oireeton infektio voi laukaista Guillain-Barré-oireyhtymän. Näin ollen usea seikka oli mahdollinen kantajan saaman oireyhtymän laukaisijana. Rokotus ei ollut sen todennäköisempi kuin muutkaan seikat oireyhtymän laukaisevana syynä. Pelkkä mahdollisuus, että sairauteen oli ollut syynä hänen saamansa Sabin-rokotus, ei riittänyt osoittamaan syy-yhteyttä rokotuksen ja sairastumisen välillä. HO katsoi jääneen näyttämättä, että rokotus olisi aiheuttanut sairauden.

HO äänesti asiassa. Eri mieltä ollut jäsen katsoi, ettei jutussa ollut näytetty, että Sabin-rokotuksella ja Guillain-Barré-oireyhtymällä olisi jotain erityistä yhteyttä. Vaikka lääketieteessä ei varmuudella tiedetty Guillain-Barré-oireyhtymän aiheuttajaa, Suomessa ja ulkomailla tehtyjen tutkimusten perusteella oli näytetty, että Guillain-Barré-oireyhtymä voi aiheutua myös infektiosta. Yhteenvedonomaaisesti hän lausui muun ohella, että infektio voi aiheuttaa Guillain-Barré-oireyhtymän. Kantaja oli saanut Sabin-rokotteesta infektion. Lisäksi hän oli pian rokotuksen jälkeen saanut korvatulehdukseen ja ripuliin johtaneen infektion. Tuon infektion syyksi ei ollut näytetty muuta kuin Sabin-rokote. Muita infektioita hänellä ei ollut näytetty oireyhtymän syntymisaikaan olleen. Asiassa ei ollut näytetty, että oireyhtymä olisi aiheutunut jostakin muusta syystä kuin infektiosta. Sen vuoksi ja koska kantaja oli ollut terve ennen Sabin-rokotusta, oli näytetty, että Sabin-rokotus oli todennäköisesti aiheuttanut hänelle Guillain-Barré-oireyhtymän ja sitä seuranneen monihermohalvauksen.

Myös **KKO:ssa** äänestettiin syy-yhteyden näytön arvioinnista. KKO viittasi näytön sisällön osalta HO:n tuomioon ja katsoi kahden tutkimuksen antavan ”viitteitä” kyseisen oireyhtymän yhteydestä rokotukseen. KKO:n enemmistö, kolme jäsentä, lausui syy-yhteyden näytön harkinnasta näin:

”Korkein oikeus toteaa, että Sabin-rokotuksen ja [kantajan] sairauden syy-yhteyttä ei voida pitää lääketieteellisesti selvitettyinä. Hovioikeuden tuomiosta ilmenevän selvityksen perusteella voidaan kuitenkin otaksua, että Sabin-rokotus on [kantajan] sairauden syy. Kantaja on asian laatu ja hänen käytettävissään olevat todistelumahdollisuudet huomioon ottaen riittävästi näyttänyt syy-yhteyden Sabin-rokotuksen ja [kantajan] sairauden välillä.”

Vähemmistö päätyi samaan lopputulokseen, mutta syy-yhteyden osalta eri polkua pitkin:

” ... Sabin-rokotuksen ja [kantajan] sairauden syy-yhteyttä ei voida pitää lääketieteellisesti selvitettyinä. Sabin-rokotus on kuitenkin [kantajan] sairauden selvästi todennäköisempi syy kuin asiassa esitetyt muut vaihtoehdot. Kantaja on asian laatu ja hänen käytettävissään olevat todistelumahdollisuudet huomioon ottaen riittävästi näyttänyt syy-yhteyden Sabin-rokotuksen ja [kantajan] sairauden välillä.”

10.4.3.3 Ennakkopäätöksen KKO 1995:53 arviointia

KKO:n enemmistö luonnehti perusteluissa näytön arviointiaan kahdella eri tavalla. Ensinnä se käytti lääketieteellistä mittapuuta. Lääketieteen ilmaisutapoihin perustuvan syy-yhteysarvion miellettäen perustuvan luonnontieteellisiin keinoihin. Sillä mittapuulla arvioiden ei syy-yhteyttä voitu pitää selvitettyinä. Toiseksi enemmistö luonnehti näytönharkintansa lopputulosta ilmaisulla ”voidaan otaksua”. Ehkä vastaava ruotsinkielinen ilmaisu olisi antagligt, kuten ruotsinkielisessä finlex-versiossa onkin. Nähtävästi mittapuu tällä kohden oli edelleen lääketieteellinen. Tämän jälkeen enemmistö laski ilmoittamillaan perusteilla vaadittavan näytön kynnystä eli siirsi todistustaakkapistettä asteikolla kauemmas 100:sta ja siis lähemmäs 0-pistettä – niin kauas, että se kohtasi esitettyä näyttöä kuvaavan pisteen. Siirto tapahtui selvästi tietoisena jutun konkreettisesta näyttötilanteesta. Vaadittavan näytön määrän, osana näyttötaakkaa, määritteli siis tuomioistuini!

Tässä ei ollut kysymys övervikt-periaatteen soveltamisesta. Norrgård on oikeassa sikäli, että KKO:n vähemmistön, kahden jäsenen, eriävä mielipide vastaa näytön kannan muotoilussa komparatiivisen metodin mukaista arviointia. Myös vähemmistö yhtyi ensin lääketieteellisen mittapuun osalta riittämättömyysarvioon. Tämän jälkeen se käytti ilmaisua ”selvästi todennäköisempi kuin muut”, joka viittaa kvalifioituun övervikt-periaatteeseen: vähemmistö vertasi eri vaihtoehtojen todennäköisyyttä keskenään ja valitsi todennäköisimmän. Ratkaisun lopputuloksen muotoilu – näytön katsominen riittäväksi – sisältää samanlaisen justifikaation kuin enemmistölläkin ja on epäilemättä tarpeen ottaen huomioon, miten vallitseva esimerkiksi ”täyden” näytön terminologia edelleen on. Onhan ilmeistä, että kaikissa tilanteissa övervikt-periaatteenkin soveltaminen merkitsee poikkeamista siitä mielikuvasta, mikä ”täyteen” näyttöön liittyy.

Todistusharkinnan lopputuloksen ilmaiseminen (”on riittävästi näyttänyt”) on ollut tälläkin polulla välttämätöntä.

Vähemmistön perustelu eroaa puhdaspiirteisimmästä övervikt-periaatteen sovellusmallista siis siinä, että vertailussa käytettiin ilmaisua ”selvästi todennäköisempi”.¹⁶⁸² Ei siis ollut kysymys pienimmästä mahdollisesta todennäköisyyden vahvemmuudesta; ei ollut tarpeenkaan pohtia sitä, olisiko ”den minsta möjliga övervikt” riittänyt, koska yksi vaihtoehto nousi selkeästi muita todennäköisemmäksi. Toisaalta, tätäkin arviointia koskee se tosiseikka, että suurempi todennäköisyys on ilmaistava *jollakin* tavalla, tarvitsematta sitoutua mihinkään teoriaan.

Tarkoittaako vähemmistön käyttämä ilmaisu ”kuin muut vaihtoehdot” jokaisesta muusta vaihtoehdosta erikseen vai muiden vaihtoehtojen kokonaisuutta, niiden todennäköisyyksien yhteenlaskettua määrää? Tätä en pysty sanomaan. Vähemmistö ei sano esimerkiksi ”kuin mikään muu vaihtoehto”. Oletan kuitenkin, että jokainen muu vaihtoehto punnittiin omana itsenään.

10.5 Omaa arviointia övervikt-periaatteesta

10.5.1 Johdantoa ja yleisiä näkökohtia

Övervikt-periaate on saanut osakseen vastustusta ja kannatusta. Koska periaatteen mukaan todistustaakkasäännöt eivät ole keskeisiä tai tarpeellisia, on ymmärrettävää, että ne tutkijat, joiden mielestä tuomioistuinten tulisi todistustaakkaratkaisuillaan ohjata ihmisten käyttäytymistä, kuten todisteluun ennalta varautumista, ja jotka siis pitävät todistustaakkasääntöjä tärkeinä, ovat suhtautuneet periaatteeseen kielteisesti.¹⁶⁸³ Ehkä merkittävimpiä heistä ovat olleet Ekelöf ja hänen työtään jatkanut Boman. Edellä kävi ilmi, että Halila on suhtautunut selvän kielteisesti todistustaakan jakoa koskevassa teoksessaan niin

¹⁶⁸² Samoin HD on komparatiivisesti käyttänyt näyttökynnyksestä ilmaisua ”klart mera sannolikt” ja ”mera antagligt”, jotka Heuman on katsonut voitavan tulkita övervikt-periaatteen sovellukseksi, joskaan ei ”puhtaak-siviljellyssä muodossa”: ks, Heuman 2005, s. 46 ja 79.

¹⁶⁸³ Tosin Halila 1955, s. 64 – 65 katsoi, että juuri övervikt-periaate pakottaisi asianosaiset varautumaan etukäteen mahdollisimman laajalla näyttöaineistolla ja että tällainen varautuminen ei olisi yksin huono asia: näyttö tulisi mahdollisimman täydelliseksi. – Tämä ajatus viittaa jo tulevaisuuteen eli näytön kattavuutta, robustiutta koskeviin ajatuksiin. Tosin kattavuus on nähty enimmäkseen rikosjuttuihin liittyvänä kysymyksenä, ei niinkään dispositiivisiin riita-asioihin, joita Halila nähdäkseni kyseisessä kohdassa pitää lähinnä silmällä (kritisoidessaan samalla Boldingia niiden sivuuttamisesta).

Eckhoffin todennäköisyysteoriaan kuin Boldingin övervikt-periaatteeseen¹⁶⁸⁴ ja että Tirkkonen on viitannut Halilaan ja periaatteen arvosteluun.¹⁶⁸⁵

Sen sijaan nuoremassa polvessa periaate on saanut kannatusta. Puoltajien övervikt-periaatteeseen liittämä väite pääsemisestä oikeaan ratkaisuun mahdollisimman monissa jutussa kiinnostaa luonnollisesti yksittäistä asianosaista, ei se, miten hän osallistuisi jutullaan yhteiskunnan toiminnan kehittämiseen edistämällä säännösten ”läpilyöntiä”. Konfliktinratkaisufunktio-ajattelun kannattajat, kuten Bolding ja nuoremmista tutkijoista Lindell, ovat lähtökohtaisesti tällä kannalla.

Merkillepantavaa kuitenkin on, että Norjassa, jossa overvekt-periaate on ollut pitkään merkittävä, nähtävästi etsitään todistusharkintaan myös teorian puolelta uusia näkemyksiä, kuten on pääteltävissä Eiden kertomasta tehtävänannosta.¹⁶⁸⁶ Oireellisenä voinee pitää myös sitä Skoghøyn mainitsemää seikkaa, että 1990-luvun jälkipuolelta klar overvekt -todennäköisyys on ilmestynyt kentälle.

Lisäksi Norjassa on nyt selkeästi uskallettu kyseenalaistaa overvekt-periaatteen äsken mainittu ja jo Eckhoffilta periytyvä ”valttikortti”: periaatetta soveltamalla saadaan eniten oikeita ratkaisuja. Strandberg ja Robberstad ovat jokseenkin vastaansanomattomasti lyöneet väitteen maahan. Lisään heidän perusteluihinsa vielä psykologisen aspektin: väite perustuu hyvältä tuntuvaan mielikuvaan: ihmisestä tuntuu hyväksyttävältä, että todennäköisempänä pidetty ”voittaa”, ”on totta” eikä syvemältä kysyä. Auktoriteettiusko on lujasti juurtunut, mitä osoittaa esimerkiksi Skoghøyn puolustustaistelu. Hän on valmis antamaan voittavalle väitteelle sadan prosentin todennäköisyyden.

Itse pidän kyllä eräitä kriittisiä näkemyksiä, kuten esimerkiksi osaa Halilan esilletuomista epäilyksistä ja peloista, liioiteltuina tai ehkä kokonaan aiheettomina.

En myöskään pidä oikeana Ekelöfin övervikt-periaatteen vastustuksessa (ja todistustaakkasääntöjen puolustamisessa) esittämää ajatusta siitä, että aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen yksittäisissä jutuissa ei olisi ”niin tärkeätä”. Se kumpuaa Ekelöfin suosimasta argumentista, että todistustaakka- ja näyttökynnyssääntöjen keskeinen tarkoitus olisi edistää aineellisten oikeus-säännösten ”läpilyöntiä”. Lain noudattamisen tehostaminen on laaja kysymys-alue, mutta mielestäni noudatettavuutta ei pidä hakea yksittäisten oikeusriitojen raunioilta – sikäli kuin ”yksittäisiä” todella on olemassa, Boldingin kysymystä

1684 Halila 1955, s. 63 – 69: Hän toteaa kuitenkin, että Granfelt oli varhaistuotannossaan, käsitellessään todistelu rikosprosessissa, katsonut vapaan todistusteorian omaksumisen johtavan siihen, ettei mitään lakisäänteistä todistustaakan jakoa voi esiintyä. Halilan mukaan Granfeltkään ei näytä kantaansa enää myöhemmin hyväksyneen.

1685 Tirkkonen, 1966, s. 139; 1977, s. 117 – 118.

1686 Eide 2016, s. 5 ja alaviite 1.

lainatakseni. Samoin voi kysyä, miten todellinen ajatus sääntöjen ”opetusvai-
kutuksesta” on.

Ei ole aihetta epäillä, että järjestelmät eivät olisi toimineet asianmukaisesti Norjassa ja Tanskassa – ja ylipäätään common law -maissa, joissa bop- ja pob-sääntöjä on perinteisesti sovellettu riita-asioissa. Rohkenen myös väittää – enkä liene ainoa – että meillä Suomessa monet riita-asiat tänä päivänä ratkaistaan yksinkertaisesti sen mukaan, kumman asianosaisen näyttö on vahvempaa. Tämä on luonnollisesti eri asia kuin se, että todistustaakkasäännöistä olisi kokonaan luovuttu tai että periaate olisi otettu kenenkään ”mahtikäskyllä” käyttöön yleisenä lähtökohtana. Näin ei ole tapahtunut meillä eikä Ruotsissakaan. Todistusharkintateoriat eivät juuri päädy prejudikaatin aiheiksi, mikä on sinänsä hyvä asia. Toisaalta alemmissa oikeuksissa käsitellään joka päivä paljon juttuja, jotka eivät koskaan etene edes muutoksenhakuvaiheeseen.

En aio ”julistautua” övervikt-periaatteen(kaan) kannattajaksi. Seuraavassa käyn läpi eräitä seikkoja, jotka ovat siinä ongelmallisia tai muutoin ansaitsevat huomiota.

Norrgårdin komparatiivisella metodilla voitaisiin välttää övervikt-periaatteen alun perin liittynyt rajoittuneisuus vain kahteen vaihtoehtoon. Ongelma saattaa kuitenkin olla metodin soveltuvuus tavallisiin kohtuulaajuisiin juttuihin; lääketieteellisillä erityistilanteilla ei välttämättä ole tavalliseen oikeudenkäyntiin aina annettavaa. Sama huomautus voidaan luultavasti kohdistaa Kolflaathin relatiiviseen overvektiin. Tavallisessa jutussa asianosaisten tai tuomioistuimen-
kaan voimavarat eivät ehkä riitä kovin analysoituun käsittelyyn ja punnintaan.

Ehkä kärjekkäintä kritiikkiä vahvemmuusperiaate on saanut osakseen ”yhden prosentin vahvemmuuden” ratkaisuudesta, siis siitä, että 51 prosenttia tai ”den minsta möjliga övervikt” olisi ratkaisevaa. On huomautettu siitä, että yhden prosentin vahvemmuutta tuskin on edes mahdollista erottaa. Väite on epäilemättä tosi tavallisen näytön kohdalla.¹⁶⁸⁷ – Mielestäni teorian arvioinnissa ja esityksessä olisi hyvä jättää kerta kaikkiaan sivuun yhden prosentin askeleet ja ylipäätään varoa prosentti- tai murtolukuja tässä(kin) kohdin. Olennaistahan periaatteen mukaan on toisen vaihtoehdon vahvempi todennäköisyys, jota voidaan arvioida (ja joudutaan arvioimaan) ilman lukuarvoja.¹⁶⁸⁸

Milloin sitten olisi edessä tilanne, jossa vakiintuneiden todistustaakkasääntöjen soveltaminen, Jokelan ilmaisua lainaten, ”näyttäisi johtavan asiallisesti väärään ratkaisuun”? Huolimatta Boldingin näkemyksestä, ettei lainsäätäjä ole tarkoittanut rajoittaa todistusharkinnan vapautta antamalla määräyksiä

1687 Jos kysymys on selkeästi (ja sallitusti) tilastonäytöstä, erottaminen olisi teoriassa mahdollista. Tällöin kysymys siirtyisi kuitenkin eteenpäin eli *tilaston* luotettavuuteen – ja sen mahdolliseen todisteluun.

1688 Heuman 2005, s. 45 käyttää määrittelyä, että merkityksellinen on ”minsta tänkbara sannolikhetsöverbikt”; ilmaisu tänkbar viittaa inhimillisen erotuskyvyn tiedostamiseen. Heuman huomauttaa, että tällä todennäköisyysteoria on ajettu niin pitkälle kuin kohtuudella voidaan tehdä.

todistusharkintateorioista, pitäisin uhkarohkeana tai jopa vaarallisena yksittäisessä, käsiteltävänä olevassa jutussa suositella todistustaakkasäännön vaihtamista övervikt-periaatteeseen sen perusteella, että lopputulos ei muuten ”näytä” oikealta. Menettely olisi vastoin kaikkea ennalta-arvattavuutta, oikeusturvaa ja yhdenvertaisuutta. En ole myöskään tavannut tilanteita, joissa olisi ollut nähtävissä, ettei ratkaisu vakiintunutta todistustaakkasääntöä soveltamalla voisi olla ”oikea”. Eri asia on tilanne, jossa mitään vakiintunutta sääntöä ei ole; tällöin myös asianosaiset ovat selvillä tästä asiantilasta tai se on heille kerrottava.

Tietysti on luontevaa ajatella yleisenä periaatteena, ettei tuomarin tule ratkaista asiaa epätodennäköisemmän vaihtoehdon hyväksi – siis jos hänellä on vakuuttuneisuus siitä, että todistustaakkasäännön mukainen ratkaisu olisi ”aineellisesti” väärä. Tällaista tilannetta ei kuitenkaan ole tullut esiin. Kohdalleni on tullut tilanteita, joissa yksityinen ihminen on lähtenyt ajamaan esimerkiksi työsopimuksen päättämistä koskevaa juttuaan yksin, ilman mitään oikeudellista apua ja nähtävästi ilman sen kummempia todisteitakaan. Myös vastaaja saattaa olla samassa tilanteessa. Tällaista tilannetta ei ratkaista sen paremmin todistustaakkasäännöllä kuin övervikt-periaatteellakaan. On välttämätöntä osoittaa kantaja hakemaan apua; puheenjohtaja ei voi asettua avustajaksi.

Kyllä todennäköisempi vaihtoehto voittaakin. Kysymys on kuitenkin siitä, millä marginaalilla sen tulee tapahtua: 0.5:n vai todistustaakan edellyttämän 0.7:n todennäköisyydellä. Tämä alue 0.5 – 0.7 on juuri kriittinen alue.

Övervikt-periaatteen ongelma on se, että se keskittyy tarkastelemaan todistelutilanteen arvioinnin lähtökohtana 50 -50 -tilannetta eli että väite H ja sen vastakohta ei-H ovat ainakin teoriassa alussa yhtä todennäköisiä.

Olen Saranpään kanssa yhtä mieltä siitä, että lähtökohtana on aina kysyttävä, mikä todistustaakka teemaa koskee. Lisään kuitenkin tähän, että lähtökohtaan kuuluu kysyä myös tilanteeseen kuuluva näyttökynnys. Jos sellaiset normit ovat olemassa, näyttöä arvioidaan niiden pohjalta.

Kuten jo Bolding toi vuonna 1951 esille, vapaan todistusharkinnan periaate ei aseta esteitä tuomioistuinten ajattelutapojen muutoksille ja siten uusien todistusharkintaan liittyvien ajatusten omaksumiselle. Kuitenkin yleistasonkin normit ovat osa lainsäätäjän asettamaa kehystä tai osoittavat tavallaan sen antamaa ”pelivaraa”.

Övervikt-periaatteen kannattajat hyväksyvät yleisesti sen, ettei periaate sovellu yleisenä rikosprosessin todistusharkintaan. Syy on sama kuin mikä on ylipäätään perusteena rikosjutun korkeammalle näyttökynnykselle: syyttömän tuomitseminen rikoksesta, jota hän ei ole tehnyt, on yhteiskunnan kannalta vielä suurempi paha kuin riita-asian kohdalla. Prosentit vaihtelevat, mutta jo kymmentä väärää tuomiota sataa kohti tuskin yleisesti hyväksytään; tällöin rikosjutun kynnyks on jo 0.9:n kohdalla asteikossa. Siten esimerkiksi 0.55:n kynnyks tarkoittaisi katastrofia: sadasta 45 tuomiota olisi virheellisiä.

Voidaan kuitenkin Strandbergin tavoin kysyä, onko riitajutuissakaan aiheellista sallia kovin paljon isompia virhemääriä. Esimerkiksi väärä vahingonkorvaustuomio voi romuttaa asianosaisen elämän loppuiksi ja olla siis vaiikutuksiltaan eri luokkaa kuin rikosjutun sakkotuomio. Jos todella riitajutun kanteen hyväksyminen onnistuisi sillä, että todennäköisyys ylittää arvon 0.5, tämä tarkoittaisi, että 49 juttua sadasta voisi ja saisi olla väärä. Tarkoitukseni ei ole käsitellä oikeuspolitiikkaa, mutta en kuitenkaan usko, että tällainen linjaus – joka ilman muuta kuuluisi lainsäätäjälle – tulisi meillä hyväksytyksi. Se on kyllä hyvä asia.

10.5.2 Eräistä erityiskysymyksistä

Jäljempänä käyn arvioiden läpi vielä eräitä erityiskysymyksiä, joita övervikt-periaate on herättänyt:

1. Mikä tarkkaan ottaen on ollut periaatteen kannattajien näkemys todistustaakka- ja näyttökynnyssääntöjen kohtalosta, jos övervikt-periaatteesta tulisi hallitseva periaate?
2. Övervikt ja näyttötuomarin vakuuttuneisuus
3. Övervikt ja ohjailufunktioteoria
4. Övervikt sekä lasten huolto- ja testamenttijutut
5. Kaksi ”Eckhoffin ongelmaa”

10.5.3 Övervikt ja yleinen todistustaakka- ja näyttökynnyssääntely

Kysymys todistustaakka- ja näyttökynnyssääntöjen suhteesta övervikt-periaatteeseen ja niiden yhteensopivuudesta tämän kanssa on melkoisen fundamentaalinen kysymys, koska lainsäätäjä(kin) käyttää todistustaakan ja näyttökynnyksen sääntelyä erilaisten päämäärien tavoittelemiseen. Onko tällaisesta tavoittelemisesta luovuttava, jos övervikt-periaatteesta tulisi ”johtava” periaate?

Loppujen lopuksi övervikt-periaatteen ei nähdäkseni pitäisi olla esteenä niinkään todistustaakkasäännöille, koska ne määrävät ”vain”, kenen on näytettävä ja kuka kärsii jos ei näytä. Kysymys koskeekin ennen kaikkea näyttökynnystä: onko sen differentoiva sääntely (teki sitä sitten lainsäätäjä tai tuomari, juttutyypin mukaan tai från mål till mål) mahdollista lainkaan, jos övervikt olisi hallitseva periaate?

Saranpää katsoo, että hänen versionsa mukainen tarkastelutapa on ”yhdennukainen positiivisen oikeuden määräysten kanssa”.¹⁶⁸⁹ Tämä tarkoittaa hänellä vuoden 1948 OK 17 lukua. Saranpää suhtautuu nähdäkseni melko

¹⁶⁸⁹ Saranpää 2010, s. 227.

kielteisesti tuon vanhan OK 17:1:1:n yleissäännöksen ja todistustaakkanormien merkitykseen ylipäätään.¹⁶⁹⁰ Uusi OK 17 luku sisältää edelleen yleissäännöksiä, mutta käyttää tarvittavan todistusvoiman ”mittarina” uskottavuuden käsitettä. Lainsäätäjä ei nytkään säätänyt, että uskottavampi vaihtoehto voittaa, kun se määräsi, että näytön tulee olla uskottavaa.

Saranpää katsoo, ettei todistustaakkasäännöistä voida de lege lata luopua övervikt-periaatteen hyväksi. Hänen perustelunsa on kuitenkin se, että lainsäädäntöön sisältyy ”melko runsaasti” todistustaakan jakosäännöksiä. ”Todistustaakalla on riita-asioiden oikeudenkäynnissä niin keskeisiä funktioita, että sitä pidetään aiheellisesti ’siviiliprosessin selkärankana’. Todistustaakasta ei siksi voida ajatella luovuttavan myöskään de lege ferenda.”¹⁶⁹¹ Tähän voisi mielestäni kysyä, mikä estäisi muuttamasta lainsäädäntöä, jos jostain syystä övervikt-periaate haluttaisiin ottaa ”johtavana” käyttöön; onhan se toiminut esimerkiksi Norjassa. Saranpää tuo myös esille, että hän ei tarkoita näyttöenemmyysperiaatteella samaa kuin Eckhoff ja Bolding.¹⁶⁹² Siten jää ainakin itselleni hiukan avoimeksi, tarkoittaako hän edellä olevalla lausumallaan sitä, että todistustaakkasäännölle jäisi pelkästään se rooli, jonka hän antaa sille omassa määrittelysään, siis velvollisuus esittää näyttöä ja näyttämättä jäämisen riski, mutta ei lainkaan vakuuttamisen taakkaa¹⁶⁹³ eikä liioin näyttökynnyksen sääntelyä, johon sovellettaisiin silloinkin övervikt-periaatetta – vai jäisivätkö vanhat todistustaakkasäännöt voimaan ”koko ankaruudessaan”. Saranpää sanoo, että ”aina” tulee lähtökohdaksi ottaa todistustaakkanormi,¹⁶⁹⁴ ja toisaalta hän sanoo, että näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen on ”kuitenkin vain lähtökohta”¹⁶⁹⁵.

Ymmärrän Saranpään idean niin, että samalla kertaa on olemassa todistustaakkanormi, joka kertoo taakoitetun asianosaisen, ja näyttöenemmyysperiaatteen kynnysnormi, jonka mukaan todennäköisempi vaihtoehto voittaa. Toisin sanoen, jos oikein olen ymmärtänyt, todistustaakkanormi ja näyttökynnysnormi erotetaan toisistaan. Saranpää haluaa irrottautua frekventistisestä ajattelusta, mutta käytän kuitenkin sen apua seuraavassa.

Ainakin nykytilannetta ajatellen todistustaakka- ja näyttökynnyssäännöt pohjautuvatkin myös muihin argumentteihin kuin pelkkään empiriseen todennäköisyyteen. Tämä lienee notorista. Jos olisi toisin, eli jos kysymys olisi pelkästään luonnontieteellisestä tai muutoin tieteellisuontoisesta suuremman

1690 Ks. Saranpää 2010, s. 266 – 270.

1691 Saranpää 2010, s. 232 – 233.

1692 Saranpää 2010, s. 227.

1693 Saranpää 2010, s. 233. Tällöin kaikei taakoitetulle asinaosaiselle ei jää muuta kuin todistelun esittämisen taakka (burden of production), ei vakuuttamisen taakkaa (burden of persuasion). – Näistä taakoista ks. esimerkiksi edellä kohtaa 4.4.5.

1694 Saranpää 2010, s. 233.

1695 Saranpää 2010, s. 227.

todennäköisyyden ratkaisemisesta, voisi hyvinkin olla järkevää, että 0.5 olisi aina ratkaiseva raja-arvo: jos väitteen paikkansapitävyys on suurempi kuin sen ei-paikkansapitävyys, se voittaa, muuten ei. Näinhän balance of probabilities -kynnys periaatteessa kyllä toimii. Kuitenkin jo Olivecronasta ja Ekelöfistä alkaen on lähdetty siitä, että kynnys on korkeammalla.

Mikä merkitys muutoksella olisi käytännön kannalta? Ajatellaan, nyky-OK:n terminologialla, että todennäköisyyskynnyksen ”uskottavuus” alaraja riitajutussa olisi vaikkapa kohdassa 0.7, josta ylöspäin alkaisi siis väitteen hyväksyttävyyden vyöhyke. Silloin vyöhyke, jolla todistustaakkasääntö ja övervikt-periaate olisivat törmäyskurssilla keskenään (alue, jolla övervikt yleisperiaatteena voisi merkitä perinteisen näyttökynnyssäännön tuhoutumista), olisi 0.5 – 0.7:n välinen vyöhyke. Toisin sanoen: jos on voimassa perinteinen näyttökynnyssääntö 0.7, väitettä ei hyväksytä, mutta jos on voimassa övervikt, se hyväksytään, kun todennäköisyys on esimerkiksi 0.55 tai 0.6.

Mitä siis on ”uskottava”? Kun tarkoitus ei ollut muuttaa kynnystä, näyttäisi olevan niin, että 0.55 tai 0.6 täyttäisi kvalifikaation ”jonkinlainen näyttöenemmyys”. Luultavasti 0.51 ei sitä tekisi, mutta näin tarkka analyysi on epärealistinen, käytännössä mahdoton. Toisaalta, myös 0.55:n tai 0.6:n erottaminen on illusorista.

Kun lainsäätäjät lähtee kynnysten yleisilmauksissa uskottavuudesta, joka on lähtökohtaisesti subjektiivinen käsite, pitäisin itse melkoisen varmana, ettei tuomarin vakuuttuneisuuden vaatimuksesta olla luopumassa.

10.5.4 Övervikt ja näyttötuomarin vakuuttuneisuus

Tuomarin vakuuttuneisuuteen liittyvät termit övervikt-periaatteen yhteydessä, voivat tuntua hankalilta, eritoten kun niillä on roolinsa varsinkin saksalaisen vakuuttuneisuuden kuvaajana; ne edellyttävät vahvaa uskomusta väitteen paikkansapitävyyteen, ja tällöin kysymys on ankarammasta näyttövaatimuksesta kuin pelkästään suuremmasta todennäköisyydestä. Toisaalta näyttötuomarille syntynyttä subjektiivista käsitystä esitetyn näytön itseisarvoisesta vahvuudesta on mahdotonta ja aiheetonta yrittää sulkea pois.¹⁶⁹⁶ Tarkoitan itseisarvoisella vahvuudella näytön vahvuutta ilman vertaamista vastaanäyttöön: näytön on ylitettävä kynnöksensä, mikä se sitten onkin, myös tilanteessa, jossa ei ole

1696 Vakuuttuneisuuden merkitykseen viittaa myös HD:n asettama edellytys jutussa NJA 1981 s. 622 (esiteltä edellä). Jutussa sovellettiin övervikt-periaatetta lähellä olevaa päättelyä, mutta suuremman todennäköisyyden lisäksi edellytettiin, että hyväksyttävän vaihtoehdon tuli olla lisäksi itsessään todennäköinen. – Ks. myös Jokela 2015, s. 353, jossa hän katsoo övervikt-periaatteen voivan tulla sovellettavaksi ”riitakysymyksissä, joissa näyttö on jompaankumpaan suuntaan jo saavuttanut vahvan todennäköisyyden asteen, vaikkakaan ei täyttä varmuutta, ja edellyttäen, että riidan osapuolilla on ollut yhtä hyvät mahdollisuudet todistelun esittämiseen. Kysymys on silloin asian ratkaisemisesta *todennäköisysharkinnan* perusteella, *mutta näytöltä vaadittaisiin kuitenkin tiettyä vakuuttavuutta.*” (ensimmäinen kursivointi Jokelan, jälkimmäinen tässä JR.)

minkäänlaista vastanäyttöä. Tilanne vastaa rikosjutun todistelutilannetta, jossa syyttäjä on esittänyt näyttönsä ja syytetty vaikenee täysin – ei esitä minkäänlaista vastanäyttöä tai edes kritiikkiä. Mielestäni on paikallaan panna merkille, että tuossa tilanteessa kantajan tai syyttäjän esittämä näyttö ei muutu itseisarvoaan todennäköisemmäksi sillä, että vastanäyttöä ei esitetä. Kantajan tai syyttäjän näytön tulee ylittää alun perinkin vaadittu kynnys.

Nähdäkseni tästä lähtökohdasta tarkasteltuna uusi OK 17 luvun yleiskriteeri, uskottavuus, ”näyttää leijonankyntensä”. Uskottavuus on subjektiivinen suure ja lisäksi se on intersubjektiivinen suure. Siitä huolimatta se ei ehkä kuulosta niin ”vaativalta” kuin vakuuttuneisuus. Loppujen lopuksi vakuuttuneisuutta on hyvä syy pitää uskottavuuden eräänä asteena: vahvempaa uskomusta kuin vakuuttuneisuus ei voi olla, mutta ääripäähän ei tarvitse mennä. Se olisi todellisuudessa fiktiivinen aste.

Summa summarum: näytön on oltava näyttötuomarin arvion mukaan uskottavaa. Tilanne, että vastanäyttö olisi yhtä uskottavaa, on todellisuudessa fiktiivinen. Yhtä fiktiivisiä ovat esimerkiksi 51-49-tilanteet, varmaan jopa 55-45-tilanteet.

10.5.5 Övervikt ja Ekelöfin ohjailufunktioteoria. Pohdintaa

Ekelöfin ohjailufunktioteoriaan tai -periaatteeseen voidaan nähdä kuuluvan ainakin kaksi eri osatavoitetta. Toinen voidaan muotoilla niin, että kansalaiset sopivalla todistustaakan jakamisella (eikä siis todennäköisimmän vaihtoehdon valitsemisella) saataisiin varautumaan näyttöön ja hankkimaan todisteita mahdollisia oikeudenkäyntejä varten. Toinen taas on ilmaistavissa siten, että todistustaakan jakosäännöllä voidaan tukea niitä tavoitteita, joita tilanteessa sovellettavalla siviilioikeudellisella säännöllä on (”materiaalinen teoria”). Tulisiko prosessin ja sitä myötä todistelun ja todistustaakasääntöjenkin funktiona todella olla kansalaisten ohjailu, pyrkimys saada heidät toimimaan tietyllä tavalla?

Heuman 2005 kritisoi Ekelöfin ohjailufunktioteoriaa osoittaen Ekelöfin omien näkemysten olevan keskenään ristiriitaisia.¹⁶⁹⁷ Hän ei kuitenkaan täysin hylkää Ekelöfin teoriaa, vaan katsoo, että sitä tulee muokata. Heuman panee suurimman painon¹⁶⁹⁸ todistelun varmistamiselle näyttövelvollisuuden määrittäjänä.

¹⁶⁹⁷ Heuman 2005, s. 153 – 157. Hän viittaa s. 154 esimerkiksi Ekelöfin kantaan, että vahingonkärsijällä olisi periaatteessa todistustaakka sekä vastapuolen tekemän toimenpiteen, huolimattomuuden, syy-yhteyden ja vahingon laajuuden osalta. Tämä takaisi Ekelöfin mukaan, että korvausvelvollisuus kohdistuisi vain niihin, jotka ”verkligen” ovat vastuussa. Yksilön intressi olla joutumatta väärin korvausvelvolliseksi asetettaisiin siis vahingonkärsijän reparatiivisen intressin ja yleisen vahinkoa aiheuttavan toiminnan torjumisen intressin edelle. Heumanin mukaan päättely antaa aiheen yleiseen vastaväitteeseen Ekelöfin teoriaa kohtaan.

¹⁶⁹⁸ ”Bevisåkringsteorier” ottavat leijonanosan eli noin 250 sivua 515 sivusta Heumanin 2005 -teoksessa.

Ekelöfin ja Bomanin edustaman ohjailufunktioteorian kannattajat ovat torjuneet övervikt-periaatteen. Ekelöfin panos ruotsalaiseen ja sitä myötä myös suomalaiseen prosessioikeuteen ja sen opetukseen on ollut pitkäaikainen ja huomattava. Heuman mainitsee niukan määrän HD:n ratkaisuja, joissa Ekelöfin

teoriasta voisi olla ajateltavissa sen vaikutusta.¹⁶⁹⁹ Materiaalinen teoria ei ole Ruotsissa saanut valta-asemaa; kuten Heuman lausuu, ”Studerar man praxis blir intrycket ett helt annat”.

Omasta mielestäni vaikuttaa kyseenalaiselta, voidaanko tuomioistuimen todistelutilanteessa kehittelemällä todistustaakkasäännöllä todellisuudessa ohjata ketään toimimaan määrättyllä tavalla. Asianosaisten kohdalla ohjailu todisteluun varautumiseksi on myöhässä. Jotta in casu ”säännöllä” voitaisiin ohjata ulkopuolisia, ratkaisu pitäisi tehokkaasti julkistaa yleisölle, jotta se edes tulisi ohjattavien tietoon. Olisiko tuollaisella todistustaakkasäännön muotoon puetulla ratkaisulla edes prejudikaattitasolla merkitystä kansalaisten käyttäytymiseen.

On tietysti hyvä, jos tuomioistuinmenettely on harmoninen kokonaisuus siten, että myös todisteluratkaisu tapahtuu pääasian ratkaisua ohjaavan normin ”hengessä”. Tämä henki ja sen toteutumismekanismi jää kuitenkin hämäräksi. Tuomioistuin kykenee ainakin uudemmissa sääntelyissä löytämään lakien esitöistä lausumia niiden tavoitteista. Mutta miten ne siirretään *tosiasia*-arvioinnin osaksi? Arveluttaa myös, mihin valtuutus tällaiseen tuomioistuimen suorittamaan transaktioon perustuu. Aineellista lain säännöstä, jota joudutaan tulkitsemaan, saadaan ja tuleekin tulkita sen tavoitteet huomioon ottaen. Mutta aineellisen lain tulkinta on eri asia kuin se, mitkä tosiseikat katsotaan näytetyiksi. Näiden toimintojen sekoittaminen tuntuu mielivaltaiselta. Lisäksi voidaan kysyä, mitkä ovat vanhempien instituutioiden, kuten vaikkapa perusteettoman edun palautuksen, tavoitteet. Vallinneeko niistä yksimielisyys? Jos tuomioistuin todella luo ad hoc todistustaakkasäännön, jolla se ratkaisee kyseisen teeman olemassaolon ja joka siten on relevantti asian ratkaisulle, sen olisi joka tapauksessa tuotava avoimesti esille jo käsittelyssä ne näkökohdat, joilla se perustelee tuota kohta asetettavaa sääntöä. Luonnollisesti näkökohdat on tuotava esiin myös näyttöratkaisun perusteluissa.

En itse pidä ohjailuteoriaa yleisenä ratkaisuna näyttöpulmiin. Sen tueksi esitetyt näkökohdat eivät myöskään nähdäkseni mitenkään ole övervikt-periaatteen soveltamisen tiellä käytännössä. On hyvä saada ihmiset varautumaan

1699 Heuman 2005, s. 158 – 165. Mainittuihin kuuluvat NJA 1975 s. 280 (urakoitsijalla todistustaakka täsmällisen hinnan sopimisesta, perusteena myös kuluttajansuoja, mutta jakoperiaate kumottiin plenumratkaisulla NJA 2005 s. 205, jossa taakka kuluttajalle todistelun varmistamiseen liittyvistä syistä) ja NJA 1992 s. 263 (luottokortinhaltijalla todistustaakka ostokuittien väärennysväitteestä; tämä ratkaisu, jota käsittelemme alikuperaistodennäköisyyden yhteydessä laajemmin, on Heumanin mukaan ainoa tapaus, joka antaa tiettyä tukea Ekelöfin käsitykselle, että *systeemittehokkuuden tulee olla määräävässä todistustaakan jaolle* (s. 162; kursivointi Heumanin).

todisteluun. Jos tämä halutaan nähdä eräänä todistelussa sovellettavien periaatteiden tavoitteena, voidaan kysyä, eikö jo övervikt-periaatetta soveltamalla saavuteta samaa päämäärää. Ainakin on vaikea nähdä, miksei todennäköisemmän vaihtoehdon voittaminen jos mikä olisi omiaan innostamaan osapuolia todisteiden varmistamiseen. Övervikt-periaatteen vahva valtti on myös se, että se on arkipäiväisen elämän ja ”jokamiehen” helposti ymmärrettävä sääntö, jota vastaan sanominen käytännön tilanteessa voi tuntua vaikealta. Sellaisena se tuntuu tässä(kin) suhteessa järkevämmältä kuin todistustaakkasääntö, jos tämä ei parhaimmillaankaan olisi muuta kuin jälkikäteen muodostettava ad hoc -ohje.

Mitä siviilioikeuden säännön tavoitteiden läpilyöttämiseen todisteluperiaatteidenkin avulla tulee, ensimmäinen kysymysmerkki voidaan kyllä piirtää jo tavoitteiden kohdalle: olisi tiedettävä, mitä nuo tavoitteet yleensä ja kussakin tilanteessa erikseen ovat, ja vallitseeko niistä yleisellä tasolla yksimielisyyttä. Tämän tietoisuuden tulisi olla niin asianosaisilla kuin tuomioistuimellakin, ja tavoitteet olisi asetettava keskustelun kohteeksi. Kuluttajan suojaaminen lienee nykyään hyväksytty tavoite, mutta esimerkiksi HD:n käytäntö osoittaa, että sen asettaminen todistustaakan jaon pohjaksi ei ole mitenkään itsestäänselvyys.¹⁷⁰⁰ Miten suhtaudutaan työntekijän suojelun periaatteeseen? Luonnollisesti tavoitteet olisi merkittävä perusteluihin, koska tuomioistuin tekee päätöksen normin ”asettaessaan”.¹⁷⁰¹ Ehkä tuomioistuimen olisi kuitenkin yleensä parasta olla hidas omaksumaan prosessin ulkopuolelta kovin paljon tavoitteita? Ja mistä tiedetään syy-yhteys: mikä ratkaisu oikeasti tukee minkäkinlaisen ajatuksen läpilyöntiä?

Kaiken kaikkiaan tiivistäisin, että todistusharkinta ei ole enää opetustilanne: yksittäinen tuomioistuinprosessi ei ole tarkoitettu asianosaisten opettamiseen tulevia mahdollisia vastaavia tilanteita varten, vielä vähemmän jutun ulkopuolisten kansalaisten opettamiseen. Jos näin olisi, ratkaisut pitäisi julkistaa mahdollisimman selkeästi ja voimakkaasti, kuin statuutit ikään.

10.5.6 Övervikt ja lasten huoltojutut ja testamenttijutut

Pidän hiukan yllättävänä, että Lindell ei siviiliprosessin lähes 900-sivuisessa järkäleessään ole käsitellyt övervikt-periaatetta juuri enempää kuin muutamalla rivillä.¹⁷⁰² Sitä erikoisempaa on mielestäni se, että hän mainitsee sovelluskohteena indispositiivisista asioista juuri lasten huoltoriidat ja vieläpä niistä hankalimman, huollon määräämisen vain toiselle vanhemmalle. Niin tai näin,

¹⁷⁰⁰ Ratkaisussa NJA 1992 s. 263 eräs näkökohdista, jolla taakan sijoittamista perusteltiin, oli liike-elämän (luottokorttiyritysten) intressi vähentää transaktiokustannuksiaan. Kun luottokortin käyttö on ”masshantering”, yrityksille tulisi todennäköisesti huomattavia ongelmia, jos niiden pitäisi vahvistaa ostokuitin aitous joka kerran, kun kortinhaltija väittää sen tulleen väärennetyksi.

¹⁷⁰¹ Bomanin 1993, s. 71 ajattelutavan mukaisesti.

¹⁷⁰² Lindell 2017, s. 615. Lisäksi sivulla 40 on lyhyt maininta övervikt-periaatteesta.

sekä Jokela että Lappalainen ovat omaksuneet samat näkemykset: Jokela pitäisi mahdollisena soveltaa övervikt-periaatetta myös indisposiitiivisissa riitaasioissa, jollaisia esimerkiksi juuri lasten huoltoriidat ovat. Jälkimmäisten osalta myöskään Lappalainen ei sulje periaatteen soveltamista pois. Molemmat mainitsevat kuitenkin esimerkkeinä myös testamentin tulkintakanteet.

En itse pääse perille siitä, miksi juuri lasten huoltoriidat kävisivät soveliaasta esimerkistä övervikt-periaatteen soveltamiselle. Oman kokemuksen perusteella ne olisivat esimerkkijonossa kaikkein viimeisimpiä tähän tarkoitukseen. Tosin Lappalainen käyttää asiaa käsitellessään varovaisesti potentiaalia.¹⁷⁰³ Hän huomauttaa kyllä oikein, että tuomioistuimen ratkaisu lapsen huollosta ei ole tosiseikkaratkaisu, vaan ”näyttöratkaisun pohjalta tehtävä arvostelma”.¹⁷⁰⁴

Tilanne ei käsittääkseni ole kuitenkaan näin suoraviivainen, vaan loppuratkaisun arvostelma perustuu useisiin edellisen portaan tai edellisten portaiden osatekijöihin kohdistuvista arvionneista, joihin voi sisältyä myös arvoarvostelmia. Huolto ja tapaamisoikeus vaikuttavat myös toisiinsa ”pakettiratkaisuna”. Edellisen asteen arvostelmia voivat olla esimerkiksi asunto-olosuhteet, asianosaisten muu perhetilanne, tapaamisoikeuksien järjestämismahdollisuudet, lasten harrastukset ja mahdollisuudet niihin sekä koulutilanteet. Kaikkia näitä on arvioitava siltä kannalta, miten lapsen etu parhaiten toteutuisi – mikä on ”hyvä” kulloisenkin kriteerin kannalta. Tämän arvioimisen kanssa övervikt- tai yleensäkin todennäköisyysperiaatteilla ei juuri ole tekemistä. Kunkin kohdan arvoarvostelmat voivat olla myös selvässä ristiriidassa keskenään. Lopputulos on useamman arvoarvostelman ”meta-arviointi”, johon sitten ’oikeusseuraamus’ perustuu.

Itse katsoisin, että yksittäisten todistustositseikkojen kohdalla övervikt olisi ehkä mahdollista. Tällöin todistusharkinta ei eroaisi minkä tahansa todistusteeman arvioimisesta (”mikä on koulumatkan pituus?”). Se voisi kuitenkin olla ongelmallista, koska jo silloin huomioon voidaan joutua ottamaan muita kuin puhtaasti episteemisiä syitä (”kumpi tai mikä kouluista on ’paras’: esimerkiksi liikenteen vaarat? entinen toveripiiri?”). Konkreettisten seikkojen todistelu ei ehkä kuitenkaan muodostu ongelmaksi, ne voidaan saada usein riidattomiksi (asuinpaikat, kouluseikat, matkojen pituudet, harrastukset ja muut vastaavat). Juttujen peruslähtökohdat voivat olla hyvin erilaisia. Voi olla, että sopuisasti alkanut yhteishuolto on käynyt riitaiseksi ja siihen haetaan ensimmäistä tuomioistuimen ratkaisua. Toisessa ääripäässä on tilanne, jossa toinen osapuoli hakee uudestaan ja uudestaan huollon muuttamista vedoten johonkin seikkaan, joko uuteen tai lisäksi aikaisemmin ehkä mielestään väärin painotettuun. Ainakin

1703 Lappalainen ei kuitenkaan viittaa mihinkään muuhun kuin Lindellin Civilprocessen-teoksen sivulle 505 (tuolloin vuoden 1998-painos).

1704 Lappalainen 2001, s. 334 alaviite 135.

jälkimmäisessä tapauksessa lähtökohtana näyttäisi olevan järkevämpää lähteä selkeästä seikkaa koskevan väitteen esittäjän todistustaakasta.

Kokonaisharkinnan kannalta piirtäisin joka tapauksessa periaatteen soveltamiseen ison kysymysmerkin. Noissa riidoissa ei kyse ole pelkästään episteemisestä tosiseikkanäytöstä, vaan juuri siitä, mikä indispositiivisuuden takana on, eli lapsen ja sitä kautta myös yhteiskunnan edusta ratkaisevana johtoiheena. Oikeuskäytännössä usein toistuu esimerkiksi asetelma, jossa toinen erovanhemmista asuu omakotitalossa ja toinen kerrostalossa, monesti pienemmässä asunnossa. Molemmat asumismuodot ovat lapsen kannalta useimmiten yhtä hyviä,¹⁷⁰⁵ eli tilanne olisi siltä osin ”tasapelitilanne”. Tämä ei kuitenkaan ole ainoa syy olla suosittelematta periaatteen soveltamista. Useimmiten vasta useammanlaisten aineellisten argumenttien kokonaisarviointi kallistaa vaa’an jommankumman puolelle. – Kannattaa lisäksi panna merkille se Cohenin esittämä kokonaisajatus, että yksittäisten seikkojen näytetyksi tuleminen ei saa tapahtua alhaisemalla todennäköisyytasolla kuin mitä koko ratkaisulta edellytetään: jos koko ratkaisulta edellytetään esimerkiksi 80 prosentin todennäköisyyttä, ei ketjun aikaisemmille todistustosiseikoille riitä 60 saati 51 prosentin todennäköisyys.

Todistelu testamentin tulkintajutuissa on useimmiten laajaa ja monipolvista, usein värikästäkin. Sen ratkaiseminen, kummalla puolella on vahvempi näyttö, ei ole aina helppoa. Kuitenkin olennaista on, ettei kysymys tässäkin ole pelkästään episteemisistä todennäköisyyksistä, vaan myös näytön relevanssista, robustiudesta ja painoarvosta. Isokin joukko testaattorin naapureita voi olla vilpittömästi tietyllä kannalla testaattorin ajatuksista, kunnes käy ilmi, että heidän käsityksensä perustuu heikolle pohjalle. Övervikt-periaate voi johtaa harhaan ja sattumanvaraisuuteen.

10.6 Eckhoffin ongelmat I ja II

Eckhoffin ongelmat I ja II aiheutuvat siitä, että Ekelöfin asteikolla oli vain yksi todistusarvopiste, vaikka niitä Eckhoffin mielestä pitää olla kaksi.

Eckhoff¹⁷⁰⁶ tarkastelee Ekelöfin vain yhden todistusarvopisteen sisältävän kaksipuolisen asteikon ongelmista ensin överviktin sovellutustilannetta arvomethodin näkökulmasta. Tätä kysymystä nimitän edellä ”Eckhoffin ongelmaksi I”. Hän viittaa siihen, että Ekelöfin mukaan todistustaakkapiste on tuolloin nollassa keskellä asteikkoa.¹⁷⁰⁷ Eckhoff arvelee kuitenkin, että tämä voi perustua väärinkäsitykseen. Övervikt-periaatettahan voidaan hyvin soveltaa silloinkin,

¹⁷⁰⁵ Joskus asianosaisen taholta tarjotaan jonkinlaisena alkuperäistodennäköisyytenä, että omakotitalo avarampana asumismuotona on jo ”periaatteessa” suositeltavampi.

¹⁷⁰⁶ Eckhoff 1988, s. 338 – 339.

¹⁷⁰⁷ Näin esimerkiksi Ekelöf – Boman 1995, s. 104 (ja Ekelöf 1982, s. 79, 114 – 116?).

kun on käsillä vahvuudeltaan merkittävää näyttöä ja vastanäyttöä – ja silloin ollaan kaukana o-pisteestä molemmilla asteikoilla. Eckhoffin mukaan luonnollisin ratkaisu olisi se, ettei lainkaan operoida todistustaakkapisteellä silloin, kun halutaan käyttää övervikt-periaatetta, vaan että verrataan näyttöä ja vastanäyttöä ja annetaan sen, kumpi on vahvempaa, määrätä ratkaisu, vaikka ero olisi vähäinenkin.¹⁷⁰⁸

Eckhoff käsittelee toista Ekelöfin kaksipuolisen, mutta vain yhden todistusarvopisteen sisältävän asteikon synnyttämää ongelmaa¹⁷⁰⁹ ("Eckhoffin ongelma II"): kun jommallakummalla on todistustaakka, tätä voidaan hyvin merkitä jommallakummalla asteikolla olevalla pisteellä näyttövaatimuksen vahvuuden ilmaisemiseksi. Ja on kai luonnollista verrata tätä todistustaakkapistettä samalla asteikolla olevaan todistusarvopisteeseen (bevisverdipunkt). Tämä sisältää sen, että jos todistustaakka on sillä joka väittää teeman olevan olemassa, voivat teeman tueksi esitetyt todisteet olla riittävät näyttövelvollisuuden täyttämiseksi. Jos sitä vastoin vastapuolella on näyttötaakka, vastatodisteilla¹⁷¹⁰ voi olla riittävä vahvuus. Voi kuitenkin herätä kysymys, riittääkö tämä. Eckhoff kysyy, eikö tulisi myös vaatia, että näyttöarvo todistusvelvollisen asianosaisen kannan tueksi on vahvempi kuin vastakkaisen kannan tueksi oleva näyttöarvo. Ja voiko tässä tyytyä minimaaliseen överviktiin, kuten övervikt-periaatetta noudatettaessa? Näillä kysymyksillä ei ole niin suurta käytännön merkitystä, jos Ekelöfin tavoin lähdetään siitä, että näytön normaalivaatimus on "vahvistettu/näytetty", sillä kun näyttöarvo on näin korkea, voi vastanäytön arvo tuskin olla yhtä korkea (sen jälkeen kun näyttö ja vastanäyttö on punnittu vastakkain ja niiden arvot tällöin alennettu). Mutta jos näyttövaatimus on niin alhainen kuin "oletettava", kysymykset voivat aktualisoitua. Jos ajatellaan esimerkiksi, että näytöllä ja vastanäytöllä oli punninnassa arvot 49 ja 51 %, arvot niiden punnitsemisen jälkeen ovat Ekelöfin kaavalla alentuneet 32 ja 35 %:iin. Jos edellytetään 32 % riittäväksi oletettava-näyttökynnyksen saavuttamiseksi, onko silloin näyttövelvollisuus katsottava täytetyksi, vaikka vastanäyttö on vahvempaa?

Itse pitäisin molempia Eckhoffin ongelmia I ja II todellisina lähdetettäessä todistusarvometodin pohjalta. Sen sijaan temametodia sovellettaessa niitä ei tulle. Vaikuttaa siltä, että ongelmat paljastavat toisaalta joko sen, että Ekelöfin kaksisuuntainen todennäköisyysasteikko tai ainakaan kaikki sen kuvaajat ja "pisteet" eivät sovellu todistusarvometodin kuvaamiseen, tai sitten se antaa

1708 Eckhoffin mukaan "Ekelöf s 166 er inne på samme tanke". Jos Eckhoff tarkoittaa Rättegång IV:n vuoden 1982 painosta, sivun täytyy olla 116 eikä 166. Käsittäakseni tämä oli myös viimeinen Ekelöfin itse viimeisteleminen painos.

1709 Eckhoff 1988, s. 339.

1710 Oikeastaan kai vastaajan päätodisteilla, jos päätodisteluna pidetään lähtökohtaisesti näyttövelvollisen kantansa tueksi esittämää näyttöä: esimerkiksi vastaajana olevan työnantajan työsopimuksen yksipuolisen päättämisperusteen laillisuudesta tai oikeastaan laillisuuden arvioimisen pohjaksi pantavista faktapremisseistä esittämä näyttö on päänäyttöä, työntekijän tämän kumoamiseen tähtäävä näyttö on vastanäyttöä.

viitteitä siitä, että todistusarvometodi itsessään ei ehkä ole kaikissa tilanteissa hedelmällinen jatkopohdiskeluille ja teoreettiselle esittämiselle. Jälkimmäisen ongelmaan liittyy vielä Ekelöfin laskentakaavojen sovellutus (mikä ei sinänsä ole edellytys ongelman esittämiselle). Tämäkin osoittaa konkreettisesti yrityksen soveltaa ”välittävää” metodia mielestäni keinotekoiseksi.

Sinänsä Eckhoffin ratkaisu ensimmäisen ongelmaan vaikuttaa tyylipuhtaalta övervikt-periaatteen sovellustilanteen kuvaukselta ja teoreettisestikin moitteetomalta Boldingin määritelmän hengessä.

Eckhoff ei itse vastaa ongelmaan II. Kysymystä ei saada häivytytyksi jättämällä Ekelöfin laskentakaavat pois. Edellä kuvatulla tavalla formuloituna ongelma häviää, jos koko todistusarvometodi hylätään. Teemametodin pohjalta ei voi olla olemassa sitä tilannetta, että näyttö teeman f_1 olemassaolosta ja sen ei-olemassaolosta $\sim f_1$ kulkisivat eri asteikoilla.¹⁷¹¹

Mutta silti kysymys ei jätä teemametodiakaan sovellettaessa rauhaan. Näyttäisi siltä, että alussa mainittu övervikt-periaatteen ”kohtalonkysymys” väijyy tällöinkin ilmassa. Kysymys näyttäisi liittyvän lähtökohtaiseen todistustaakaan, sellaisena kuin se on perinteisesti ymmärretty.

Toisin sanoen, kysymys onkin siitä, mitä lopulta todistustaakalla ja övervikt-periaatteella halutaan ymmärtää. Miten ne olisi määriteltävä, jotta päästäisiin mahdollisimman hedelmälliseen lopputulokseen? Mikä niiden keskinäinen rooli on? Tarvitaanko todistustaakkaa, kun sovelletaan övervikt-periaatetta, vai johtaako puhe todistustaakasta vain harhaan? Miten lainsäätäjä voi silloin vaikuttaa vaadittavan näytön määrään?

Ratkaisuehdotus tähän voisi olla, että tarvittaessa todistustaakkaa sovelletaan ja todistustaakkapistettä summaarisesti liikutetaan lainsäätäjän toimesta. Mutta kun kysytään, täyttääkö esitetty näyttö vaatimuksen, sovelletaan silloinkin övervikt-periaatetta, siis seikan todennäköisyyttä arvioidaan tämän lähtökohtaolettaman (todistustaakkapiste on kohdassa x , joka on lainsäätäjän määrittämä) valossa.

Kysymys on siitä, miten fiktiivinen todennäköisyys määritellään: mitkä ovat sen reunaehdot. Ehkä julkilausumattomana alkuoletuksena övervikt-periaatteessa – ja yleisemminkin todistusharkinnan graafisessa ja numeerisessa esityksessä – on se, että asteikko on luonnontieteellisväritteinen 0-100 -asteikko, jonka keskellä on 50 prosenttia. Mutta tällöin on vielä määrittelemättä, mikä oikeastaan sanelee asteikon ääripäiden sijainnit. Nollapiste on ajatuksellisesti helppo, koska tuntuu yksinkertaiselta kuvailla tilanne, että seikasta ei ole esitetty mitään näyttöä. Tämäkin helppous voi olla näennäistä, jos seikalle intuitiivisesti ja tiedostamatta annetaan alkuperäistodennäköisyys, joka perustuu esimerkiksi yleiseen elämänkokemukseen. Jos tuo todennäköisyys on riittävän suuri,

¹⁷¹¹ Ks. todistusteema- ja arvometodien peruseroista edellä jakso 9.3.3.1.

kysymyksessä on lähes faktinen presumptio. Voidaanko sitten arvo pisteelle 100 määrittää? Riittävän näytön avulla sitä tuskin voidaan määrittää. Silloin edettäisiin ”väärään” suuntaan: perinteisestihän on ajateltu, että riittävä näyttö on tietty prosenttiluku jostakin suuremmasta. Mutta jotta voitaisiin sanoa, että näin on ja että kuinka paljon se on, on tunnettava tuo suurempi.

Näin on ilmeisesti jouduttu aikamoisiin vaikeuksiin yritettäessä soveltaa perinteistä ajattelua näytön punnintaan. Lähtökohtana on kuitenkin aina kysymys siitä, mihin asteikko soveltuu. Toisin sanoen ongelma syntyi kuvaustavasta, asteikosta ja sen määrittelystä.

11. TODISTUSHARKINTATEORiat III: BACONIAANEJA JA MUITA MALLEJA

11.1 Induktiivinen metodi (Cohen)

11.1.1 Johdantoa

Cohen julkaisi bayesinaanista todennäköisyysteoriaa kritisoivan ja oman induktiivisen todennäköisyysteorian esiintuovan teoksensa vuonna 1977. Siitä on tullut eräs todistusharkintaoppien¹⁷¹² perusteos, ja siinä esitetyt näkemykset ovat kaikessa vaikeaselkoisuudessaan edelleen debattien kohteena. Se eroaa todennäköisyyden määrittelyltään edellä käsitellystä, perinteisestä todennäköisyyden käsitteen analyysistä. Cohen toi esille paradokseja, joihin matemaattisten mallien soveltaminen saattaa johtaa.

Olennaista Cohenille oli hylätä matemaattinen katsantokanta ja lähteä todennäköisyyden ja päättelyn selvittelyssä ”tavallisten ihmisten” tasolta.¹⁷¹³ Matematiikan hylkääminen tapahtui käymällä läpi kohta kohdalta eräitä perinteiseen todennäköisyyskäsitteeseen ja bayesianiseen todennäköisyyteen kuuluvia, erityisesti todistusharkinnan teoriassa käytettyjä käsitteitä ja päättelytapoja ja osoittamalla ne sellaisiksi, että niitä oli käytännössä mahdoton soveltaa ja että niitä ei siis käytännössä sovellettu. Oman teoriansa Cohen esitti sollen-tasoisena eli menettelynä, jota tuli soveltaa.¹⁷¹⁴

Cohenin mukaan on kaksi tapaa, joilla perinteinen todennäköisyys voi esiintyä oikeudessa:¹⁷¹⁵

- 1) tosiseikkaa koskevan väitteen paikkansapitävyyden todennäköisyyden mittarina. Tähän Cohen halusi ottaa etäisyyttä;
- 2) todistelun kohteena (jonkin seikan paikkansapitävyyden aste todistusteemana). Tämän Cohen hyväksyi ja katsoi sen toteutuvan lähinnä asiantuntijatodisteluna (esimerkiksi käsialat, verinäytteet, elinaikaennusteet ja vastaavat).

¹⁷¹² Strandberg 2012, s. 150, huomauttaa, että induktiivinen metodi on ensisijaisesti todistusharkintametodi, mutta myös näyttökynnystä koskeva metodi.

¹⁷¹³ Cohen 1983, s. 5 katsoo yleisemminkin, että oikeusjärjestelmää kohtaan tunnettu luottamus saavutetaan todennäköisesti parhaiten antamalla todistusharkinnassa huomattava rooli maallikoille. ”The employment of laymen for this task guarantees that no extensive legal expertise is relevant, and hence that verdicts are reached very largely by everyday processes of reasoning.”

¹⁷¹⁴ Cohen toteaa myös, ettei hänen teoriansa ole subjektiivinen; se ei aseta asteita henkilön vakuuttuneisuudelle seikan totuudesta: Cohen 1989, s. 138.

¹⁷¹⁵ Cohen 1977, s. 56 ja 44.

Ensimmäisen kohdan osalta Cohen, todistaakseen kantansa, erittelee ja käy läpi kuusi ongelmaa, joihin törmätään, jos tuomioistuimen soveltama todennäköisyys ymmärretään matemaattiseksi todennäköisyydeksi.

Toisen kohdan mukaisen käytön Cohen siis hyväksyy, mutta silloin matemaattisen todennäköisyyden käyttöala ei ole esitetyn näytön arvioinnissa, vaan itse todistelussa, nimenomaisesti asiantuntijatodistelun sisältönä ja tätä kautta osana näytön ratkaisijan johtopäätöksen perusteita.¹⁷¹⁶

Tuodessaan esille common law'n erilaiset näyttökynnykset riita- ja rikosasioille Cohen siteeraa paroni Pollockin vuonna 1849 valamiehille antamaa ohjetta: tulee soveltaa samaa varmuusastetta kuin ratkaistessa omia ”grave and important concerns”. Cohenin mukaan asiaa kannattaa kuitenkin tarkastella toisin päin: ”... millainen rakenne todennäköisyyden käsitteellä täytyy olla, jos sen on tarkoitus palvella asianajajien, valamiesten ja tuomarien suhteellisen erikoistuneita ja varmoja tarkoituksia. Sellaisen käsitteen täytyy olla käytössä myös tuomioistuinten ulkopuolella arkipäivän moninaisiin tarkoituksiin. Muuten koko maallikotuomarijärjestelmä perustuisi illuusioon.”¹⁷¹⁷

Induktiivinen metodi todistusharkinnan välineenä voidaan jakaa kahteen pääkohtaan: 1) sen selvittämiseen, miten vahvasti todisteet *tukevat* yleisiä kokemussääntöjä ja 2) sen selvittämiseen, miten vahvasti todisteet *tukevat* konkreettisia teemana olevia tosiseikkaväitteitä.¹⁷¹⁸ Tässä jaottelussa jälkimmäinen, induktiivisen todennäköisyyden selvittäminen, on varsinaista todistusharkintaa ja koskee siis teeman todennäköisyyden selvittämistä kokemussäännön avulla; edellinen eli induktiivisen tuen selvittäminen taas on kokemussäännön paikansäilytyksen testaamista.¹⁷¹⁹

Cohenin teorian ensimmäinen kohta eli tuen selvittäminen voidaan Strandbergiä seuraten määritellä kokeellisen tieteen sovellukseksi. Se koskee hypoteeseja *yleisistä lain- tai säännönmukaisuuksista*, ei ainutkertaisista tapahtumista.¹⁷²⁰ Cohenin mukaan tämä ”toinen näyttö”, jolla siis näitä yleistyksiä,

¹⁷¹⁶ Cohen 1977, s. 56 ja 83. ”Epäilemättä matemaattisilla todennäköisyyksillä on joskus rooli judisiaalisessa fact-findingissa.” Mutta ”silloin ne muodostavat osan fact-trierin johtopäätöksen perusteita, eivät asteikkoja sille, missä määrin nämä perusteet tukevat hänen johtopäätöstään.”

¹⁷¹⁷ Cohen 1977, s. 49 – 51.

¹⁷¹⁸ Cohen 1977, s. 123.

¹⁷¹⁹ Strandberg 2012, s. 144 – 145 käyttää tässä yhteydessä ensimmäisen kohdan kokemussäännöistä termiä ”generelle vetenskaplige hypoteser”. Tämä on ymmärrettävää, kun tarkoituksena on esittää kokemussääntöjen testausta ja sen loogista kuvausta, mutta muutoin tieteellisyys korostaminen voi mielestäni antaa vinoutuneen kuvan käytännön sovelluksista tuomioistuimissa: valtaosaa oikeudessa sovellettavista kokemussäännöistä ei ole mitenkään tieteellisesti testattu eikä testata, vaan ne sisältävät näyttötuomarin ja asianosaisten (tai ainakin näiden asianajajien) kokemusvarastoon – tai ne itse ovat tuomioistuintodistelun kohteena. Useimmiten kokemussäännöt otetaan ”annettuina”, jolloin ensimmäinen vaihe eli tuen testaaminen jäisi joka tapauksessa pois.

¹⁷²⁰ Näin Strandberg 2012, s. 145 tiivistää; kursivointi Strandbergin. Cohen 1977, s. 130 – 133 käyttää yksityiskohtaisena esimerkkinä induktiivisen tuen hankinnasta ja tutkimisesta mehiläiskoetta. Hän korostaa kokeiden toistettavuuden tärkeyttä. Myös tummat pilvet ja sade ovat esimerkkinä.

(kokemusääntöjä, olettamuksia) testataan, on joko pelkästään havaintoihin perustuvaa tai kokeellisesti tuotettua.¹⁷²¹ Sillä selvitetään, miten vahvasti todiste tukee kokemusääntöä. Cohen perustaa induktiivisen tuen teoriansa Strandbergin mukaan *kilpailevien hypoteesien eliminoimiseen*: kilpailevia hypoteeseja esitetään mahdollisina selityksinä tietyille ilmiöille, ja ne yritetään sitten eliminoida kokeiden avulla.¹⁷²² Jokainen testi kohdistuu yhteen tai useampaan *relevanttiin muuttujaan* eli tunnusmerkkiin, seikkoihin tai ilmiöihin, jotka pysyvät osoittamaan vääräksi ainakin yhden kilpailevista hypoteeseista. Hypoteesi saa vahvistusta ja induktiivista tukea joka kerran, kun se käy läpi jonkin testin ilman, että se osoittautuu virheelliseksi.¹⁷²³

Induktiivisen tuen vahvuus voidaan ilmaista kaavalla $s[H, E] = i/n$. Kaavassa s on induktiivinen tuki (support) hypoteesille H , kun todiste E on annettu eli esitetty; eli toisin sanoen, E antaa H :lle i -asteisen tuen, kun n -aste on korkein mahdollinen aste, eikä E anna H :lle korkeamman asteen kuin i -asteen tuen. Tällöin i tarkoittaa niitä testattuja relevantteja muuttujia, jotka ovat selviytyneet testistä verrattuna kaikkiin niihin relevantteihin muuttujiin, joita vasten hypoteesia olisi voitu testata (n). Induktiivisen tuen aste on siten suhde niiden muuttujien välillä, joita vasten hypoteesia on todella testattu, ja kaikkien niiden relevanttien muuttujien välillä, joita vasten sitä olisi voitu testata.¹⁷²⁴ Suurimmillaan tuki on silloin, kun hypoteesi on testattu kaikilla muuttujilla eli kun $i = n$. Induktiivinen tuki kasvaa myös testin kompleksisuuden mukaan: mitä useampia relevantteja muuttujia testiin kuuluu, sitä kompleksisempi se on ja sitä enemmän tukea se antaa hypoteesille, joka läpäisee sen.¹⁷²⁵ Teorian toisessa pääkohdassa selvitetään tosiseikkaväitteen eli probandumin paikkansapitävyyttä. Kriteerinä on niiden testien ja muuttujien lukumäärä, joiden läpi väite on kulkenut joutumatta falsifioituksi, verrattuna väitettä koskevien mahdollisten testien lukumäärään. Kaava on suunnilleen sama, vain s vaihtuu p :ksi (probability): $p[H, E] = i/n$. Induktiivinen todennäköisyys p tosiseikkaväitteelle H todisteen E perusteella (eli kun E on annettu) vastaa niitä muuttujia, joista se on selviytynyt (i), osana kaikkia muuttujia, joita vasten sitä olisi voitu testata (n).¹⁷²⁶ Sanalla 'näyttö' (evidence) on nyt eri merkitys kuin induktiivisen tuen sel-

1721 Cohen 1977, s. 123. Vrt. Strandberg 2012, s.145: "Lähtökohtaisesti Cohen ei sano mitään siitä, miten hypoteeseja tulee testata."

1722 Strandberg 2012, s. 145, Cohen 1977, s. 130 -132. Kursivointi Strandbergin.

1723 Strandberg 2012, s. 145; kursivointi Strandbergin. Cohen 1977, s. 132.

1724 Cohen 1977, s. 133; Strandberg 2012 s. 146.

1725 Cohen 1977, s 131 – 132 ja 1989, s. 149. Cohen nimittää arviointijärjestelmäänsä termillä 'the Method of Relevant Variables'. Hän toteaa, että tietyssä testissä epäonnistuva hypoteesi epäonnistuisi myös kaikissa monimutkaisemmissa testeissä testien cononical sarjaan sisäänrakennetun kumulatiivisen kompleksisuuden vuoksi: kun $j > i > 0$, jokainen testiu t_j sisältää myös testin t_i . Toisin päin tämä ei päde. Hypoteesi voi epäonnistua perinpohjaisemmassa testissä, t_j , mutta selviytyä karkeammasta testistä t_i , niin että todisteen tuki hypoteesille on ainakin "ith-grade" mutta vähemmän kuin "jtj grade".

1726 Ks. Strandbergin 2012, s. 146 – 147 tiivistystä. Kaavan muunto on häneltä peräisin.

vittämisessä. Nyt ei ole kysymys kokemussääntöjen paikkansapitävyyden, vaan ainutkertaisten tapahtumien selvittelystä. Jälkimmäisiä koskevia tosiseikkaväitteitä testataan todisteita vasten yleistysten – eli kokemussääntöjen – avulla. Väitteen paikkansapitävyyden todennäköisyys johdetaan yleistyksellä olevasta induktiivisesta tuesta. Kuten Cohen asian ilmaisee:¹⁷²⁷

”The typical evidence for an inductive probability is not – as it is for inductive support – the results of experimental or observational tests on an generalization in a particular case covered by that generalization. Instead it is the satisfaction of the antecedent of an appropriate generalization in a particular case covered by that generalization. Similarly what is primarily evidenced by this is the satisfaction of the consequent of the same covering generalization in the same case, not a purely general statement that makes no mention of particular cases.”

Tuo konkreettisen tosiseikan induktiivinen todennäköisyys, joka perustuu tiettyyn todisteeseen, ei Cohenin mukaan voi koskaan olla suurempi kuin sen kokemussäännön induktiivinen tuki, joka sitoo todisteen tähän väitteeseen. Mitä vahvempi perusta kokemussäännöllä on, sitä vahvempi induktiivinen todennäköisyys siitä voidaan johtaa.¹⁷²⁸ Tyypillinen esimerkki induktiivisesta tuesta on tulos, joka on saatu yleistykselle tehdyistä kokeellisista tai havainnointiin perustuvista testeistä olosuhteita asianmukaisesti vaihdellen. Sitä vastoin tyyppiesimerkki induktiivisesta todennäköisyydestä on se, että asianomaisen yleistyksen muodostama ylälause toteutuu tietyssä jutussa, joka kuuluu tuon yleistyksen piiriin, Cohen toteaa.¹⁷²⁹

11.1.2 Matemaattisten teorioiden yleinen kritiikki: kuusi ongelmaa

Cohenin strategiana on osoittaa, että matemaattiset teoriat edellyttävät sellaisia tiettyjä lähtökohtia, menettelymuotoja tai laskusääntöjä, jotka hän osoittaa mahdottomiksi toteuttaa, johtavan paradokseihin tai olevan yleisten oikeusperiaatteiden vastaisia. Näistä syistä tuomioistuimet eivät sovellla matemaattisia teorioita, ja niillä täytyy Cohenin mukaan olla jokin toinen malli todistusharkinnalleen. Hänen mielestään se malli on tai sen ainakin tulisi olla induktiivinen malli, jota käytettäessä vastaavia ongelmia ei synny.

Erityisenä, yleisen teorian kannalta merkittävänä piirteenä Cohenin esityksessä on, että osoitettuaan varsinaisen matemaattisen ajattelumallin

¹⁷²⁷ Cohen 1977, s. 203.

¹⁷²⁸ Cohen 1977, s. 202.

¹⁷²⁹ Cohen 1977, s. 203.

soveltumattomaksi hän käy useissa kohdin läpi erilaisia ”pakoteitä”¹⁷³⁰, joihin turvautumalla matemaattisen teorian kannattaja voisi mahdollisesti kuitenkin selviytyä ongelmasta ja pelastaa matematiikkansa. Näin hän tavallaan ”viritää vastatulia” näkemyksiinsä tulevaisuudessa kohdistuvaa kritiikkiä ajatellen.

Cohen erittelee kuusi ongelmaa, joihin törmätään, jos tuomioistuimen soveltama todennäköisyys ymmärretään pascaliaaniseksi eli matemaattiseksi. Nämä ongelmat ovat seuraavat:

- 1) konjunktion ongelma
- 2) päättelystä päättelyn ongelma
- 3) negaation ongelma
- 4) brd-standardin ongelma
- 5) kriteerien (puuttumisen) ongelma
- 6) korroboraaation ja yhteisvaikutuksen ongelma.

Esiteltyään induktiivisen todennäköisyyden teoriansa hän käy sen valossa läpi, miten nämä ongelmat sitä soveltamalla väistetään. Käyn eräitä noista ongelmista seuraavassa laajemminkin läpi, sillä Cohenin esittämällä kritiikillä on ainakin niiden osalta kantavuutta yhä edelleen. Lisäksi esimerkiksi päättelystä päättelyn ongelma esiintyy ainakin jossakin muodossa myös käytännössä. Cohen myös esittää kritiikkinsä kompaktissa ja – toisinaan – helpotajuisessa muodossa.

Cohen tuo siis esiin, että hänen kehittämänsä teoria ei ole pascaliaaniseen todennäköisyyteen perustuva teoria. Hän nimittää teoriansa pohjana olevaa todennäköisyyttä ”käytännöllisesti” induktiiviseksi.¹⁷³¹ Toisaalla hän toteaa, että induktiivisen todennäköisyyden käsite on kehitetty induktiivisen tuen baconiaanisesta päättelystä.¹⁷³²

Cohen lähtee siitä, että on tehtävä valinta kahden vaihtoehdon välillä:

”1) pidetään kiinni siitä, että on vain yksi normaali looginen todennäköisyyden rakenne (syntax), jonka antaa matemaattinen laskelma, tai 2) myönnetään, että on ainakin kaksi, joista vain toisen antaa matemaattinen laskelma. Vaihtoehto 1) tuo säästöä todennäköisyyden tyypeissä, mutta säästö syntyy huomattavan paradoksin kokoelman kustannuksella. Vaihtoehto 2) voi välttää kaikki nuo paradoksit, mutta on sitoutunut enemmän kuin yhteen normaalin todennäköisyyden rakenteen tyyppiin.”¹⁷³³

¹⁷³⁰ Cohen 1977, s. 141 käyttää termiä ’escape-route’.

¹⁷³¹ Cohen 1977, s. 57 ja 121.

¹⁷³² Cohen 1977, s. 245.

¹⁷³³ Cohen 1977, s. 57.

Seuraavassa käyn pääkohdittain läpi ensin sen kritiikin, jonka Cohen on kohdistanut matemaattisiin eli pascaliaanisiin teorioihin. Sen jälkeen esittelen Cohenin oman induktiivisen teorian. Tämä käsittelyjärjestys on käsittääkseni looginen sen vuoksi, että Cohen rakensi oman teorian melko sananmukaisesti matemaattisten teorioiden ”raunioille” eli esitti ensin niitä kohtaan murskaavaa kritiikkiä, sen jälkeen toi esiin oman teorian ja sitten ilmoitti, miten tämä välttää kaikki nuo ongelmat. Kritiikin esiintuonti ensin voi toimia samalla jonkinlaisena ”intermezzona” kahden erilaisen pääjakson – pascaliaanien ja baconiaanien - välille.

Etten tekisi mahdollisesti väkivaltaa Cohenin terminologialle, käytän jäljempänä hänen omia termejään komponentti ja osatekijä muuttamatta niitä oikeustositseiksi tai -seikastoksi. Cohen ei ymmärrettävästi käytä jälkimmäisiä ilmaisuja, mutta käsitykseni mukaan tarkoittaa samaa kuin nämä. Välillä Cohen käyttää myös contention-termiä (väite).

11.1.3 Cohenin esittämä tarkempi kritiikki

11.1.3.1 Yleistä

Cohen¹⁷³⁴ käsittelee ”päätelystä päättelyä” eli porrastettua faktarakennelmaa, siis totutulla terminologialla todistustositseiksi ja niiden porrastuksia eli ketjuja oikeustositseiden taustalla. Hän kysyy, mitä näyttökynnystä tuolloin on sovellettava.

Viimeksi mainittu kysymys on myös pohjoismaisen ja suomalaisenkin doktriinin kannalta relevantti. Suomalaisessa pitkälle Ekelöfin perustuvassa dogmatiikassa lähdetään siitä, että todistustaakka ja sen mukana näyttökynnys koskevat vain oikeustositseikkoja eli ultima probandaa, eivät todistustositseikkoja eivätkä aputositseikkoja; näiden arvioitua todistusvoimaa arvioidaan ”skaala-arvioinnissa”. Tämän oppirakennelman olen jaksossa 5.9.2.3 kyseenalaistanut. Todistustaakan osalta sen riitauttaminen on ollut käsittääkseni suhteellisen yksinkertaista. Kun näyttökynnys seuraa todistustaakkaa, jo tämä indikoi, että myös näyttökynnys voi koskea todistustositseikkoja.

Näyttökynnyksen kohdalla tilanne on kuitenkin melko jäsentymätön. Mitä esimerkiksi ”skaala-arviointi” lopulta tarkoittaa; se, annetaanko todistustositseikkaa näyttävälle todisteelle sanallinen tai numeerinen näyttöarvo ja miten näitä yhdistetään, on kysymyksenä jäänyt sivuraiteelle. Siksi uskon, että juuri tällä kohden Cohenilla on merkittävästi annettavaa skandinaaviselle ja suomalaiselle ajattelulle, vaikka hän tuo julki näkökohtansa hiukan kvalifioidussa asiayhteydessä eli kritiikkiä esittäessään.

¹⁷³⁴ Cohen 1977, s. 68 alkaen.

Toinen näkökohta, jonka Cohen avaa ja jolla on mielestäni huomattavaa merkitystä laajemmalti, on a priori- eli alkuperäistodennäköisyys, sen olemassaolo ja huomioonottaminen tai huomiotta jättäminen. Alkuperäistodennäköisyyden käsitettä olen käsitellyt omassa jaksossaan. Kuten edeltä pascaliaanisten teorioiden kohdalla on käynyt ilmi, sen (suurempi tai pienempi) olemassaolo ja huomioon ottaminen on joillekin teorioille itsestäänselvyys, mutta toisinkin voidaan ajatella.

11.1.3.2 Konjunktion ongelma

Konjunktio-ongelmaa olen käsitellyt edellä näyttökynnyksen erityiskysymyksenä.

11.1.3.3 Päätelystä päättelyn ongelma. Mikä näyttökynnys portailla tulisi olla?

Kysymyksenasettelun tiivistän kahteen kaavaan. Matemaattinen teoria lähtee siitä, että todisteluketjussa eri portaiden näyttövaatimus saa olla esimerkiksi $bop \rightarrow brd \rightarrow brd \rightarrow brd \rightarrow bop$, mutta Cohen osoittaa, että vaatimusten tulisi olla $brd \rightarrow brd \rightarrow brd \rightarrow bop$. Kun oikeuskäytäntö ei hyväksy ensin mainittua matemaattista muotoa, se ei noudata matemaattista teoriaa ylipäätään.

”Päätelystä päättelyn” (”inference upon inference”) tilanteessa kysymys on – kotoista terminologiaa käyttäen – siitä, että todistustosiseikka, jolla näytetään oikeustustosiseikkaa tai toista todistustosiseikkaa, on samalla itse todistusteeman alemman portaan todistustosiseikalle. Todistustosiseikan asemassa voi olla myös apustosiseikka. Suomalaisessa doktriinissa on opetettu, että todistustaakka ja näyttökynnys eivät koske todistustosiseikkoja. Kun lähden siitä, ettei dogmi pidä paikkaansa, näyttökynnyksen osalta seuraa kysymys, mikä on tämä näyttökynnys milläkin portaalla ja voiko portaan III todistustosiseikka ”lainata” todennäköisyyttä toiselta portaalta, seikalta portaalla II. Vai onko asia vain niin, kuin meillä opetetaan, että mitään kynnystä ei ole, ainoa vaatimus on vain, että aiemman todistustosiseikan todennäköisyys ei saa olla ”aivan mitätön”?

Cohen vastaa kysymykseen common law’n osalta ja käyttää luonnollisesti brd - ja bop -terminologiaa. Kun riitajutun näyttö edellyttää useita päättelyn tasoja, Cohenin mukaan tuomioistuimet yleensä vaativat, että jokainen viimeistä edeltävistä vaiheista nojautuisi brd -näyttöön. Cohenin mukaan matemaattinen analyysi kuitenkin sallisi monitasopäätelmien menevän läpi, vaikka jokainen vaihe olisi näytetty toteen vain bop -standardilla.¹⁷³⁵ Siten Cohenin mukaan täytyisi olettaa, että tuomioistuinten vaatimus tässä johtuu erityisestä oikeussäännöstä. Sellaisen säännön perustellisuus on kuitenkin hämärä, jos matemaattinen

¹⁷³⁵ Tulkitseen tätä niin, että joka tapauksessa tasolta toiselle noustaessa tarvittaisiin ainakin 0.51:n todennäköisyys matemaattisen teorian mukaan.

analyysi on oikea. Toisaalta tuomioistuinten vaatimus tässä on sopusoinnussa sen kanssa, mitä terve järki ajattelee päättelyketjuista.¹⁷³⁶

”Päättelystä päättelyyn” kuuluu kaksi tai useampi probabilistisen päättelyn vaihetta, kertolaskun kohteena olevan yksitasoisen rakenteen sijaan. Se sisältää esimerkiksi R:ää koskevan todisteen Q:sta ja sitten S:ää koskevan todisteen R:stä, eikä R:n ja S:n todisteita suoraan Q:sta. Cohenin esimerkkiä käyttäen: todistajien kertomukset voivat näyttää toteen tietyn todennäköisyyden, että A:n sormitulehduksen oli aiheuttanut tapaturma, ja ehkä tämä syysuhde saattaa vuorostaan näyttää tietyn todennäköisyyden siitä, että A:n kuoleman aiheutti tapaturma. Tällöin herää kysymys siitä, miten suuri todennäköisyyden tulee olla kullakin näytön asteella – Q:sta R:ään ja vastaavasti R:stä S:ään – jos johdopäätös S on tarkoitus näyttää toteen bop-standardilla.¹⁷³⁷

Jos kyseessä olevat todennäköisyydet ovat matemaattisia, vastauksen tähän kysymykseen antaa Cohenin mukaan taas kertolasku. Hän lähtee kaavasta $P_m[R \& S, Q] = P_m[R, Q \& S]$ ja osoittaa esimerkinomaisesti, että pitäisi päästä kokonaistodennäköisyyteen, joka ei ole vähemmän kuin .501, jos sekä $P_m[R, Q]$ että $P_m[S, Q \& R]$ saavuttavat tason 0.71. Toisin sanoen matemaatikko sallii toteennäyttämisen bop-standardilla olevan transitiivista – sallii sen esimerkiksi edetä Q:sta S:ään, jos se etenee ensimmäisellä tasolla Q:sta Q & R:ään ja toisella tasolla Q & R:stä S:ään – niin kauan kuin lukuisten tasojen omien todennäköisyyksien aritmeettinen tulo on riittävän korkea.¹⁷³⁸

Ongelma on Cohenin mukaan siinä, että tälläkään ehdolla tuomioistuimet ja oikeuskirjallisuus eivät normaalisti hyväksy transitiivisuutta bop-standardilla tapahtuvaan toteennäyttämiseen. Esimerkiksi Wigmore viittaa hyväksyvästi melko ankaraan periaatteeseen, joka on lausuttu Lockwood, J.:n tuomiossa:¹⁷³⁹

”But when an inference on the probability of the ultimate fact must be drawn from facts whose existence is itself based only on an inference or a chain of inferences, it will be found that the courts have, with very few exceptions, held in substance, although usually not in terms, that all prior links in the chain of inferences must be shown with the same certainty as is required in criminal cases, in order to support a final inference of the probability of the ultimate fact in issue.”

Cohen päättelee, että tuomioistuinten käsitys bop-standardista ei voi perustua matemaattisiin todennäköisyyksiin. Ainoa rajoitus, jonka matemaattinen teoria

¹⁷³⁶ Cohen 1977, s. 68.

¹⁷³⁷ Cohen 1977, s. 68 – 69.

¹⁷³⁸ Cohen 1977, s. 69.

¹⁷³⁹ Cohen 1977, s. 69. Cohenilla ja tässä viittaus on J.H.Wigmoren kautta: A Treatise on the Anglo-American system of Evidence in Trials at Common Law. 3rd edn., vol. i, §41, p. 439, jossa siis tämä lainaus: Lockwood, J. jutussa New York Life Insurance Co. v. McNeely, Ariz. 79 Pac. 2d 948.

asettaa näytön transitiivisuudelle, on nimittäin se, että useampien tasojen omien todennäköisyyksien tulon täytyy itsessään saavuttaa asianmukainen taso; tämä rajoitus on niin liberaali, että se sallisi todistelun bop-standardilla olevan transitiivista, vaikka perättäisiä tasoja olisi peräti kuusi ei-varmaa näyttöä koskien (kukin esimerkiksi 0.9:n todennäköisyydellä), niin kauan kunnes kokonaistaso 0.501 tulee vastaan, kun taas Wigmoren periaate ei salli siirrettävyyttä silloinkaan, kun tasoja on vain kaksi.¹⁷⁴⁰

Kun konjunktioperiaate on äärimmäisen ankara todistelua kohtaan, johon sisältyy joukko rinnasteisia osatekijöitä, sama periaate näyttää olevan äärimmäisen liberaali suhteessa todisteisiin, joilla on yhden tason riippuvuus toisistaan, Cohen toteaa. Hän osoittaa, että matemaattinen lähestymistapa ei salli todistelua päättelystä päättelyllä silläkään rajoituksella, jonka tuomioistuimet asettavat – rajoituksella, että kaikkien viimeistä aikaisempien päättelyiden on oltava varmoja. Jopa silloin kun kaksivaiheisessa todistelussa $P_m[R,Q] = 1$ ja $P_m[S,R]$ on melko korkea, $P_m[S,Q]$ voi olla nolla.¹⁷⁴¹ Cohen toteaa vielä: ”Jos ne todennäköisyydet, joilla oikeudellinen näyttö tässä operoi, olisivat matemaattisia, tuomioistuimet olisivat varmaan valmiita hyväksymään väitteitä, jotka ovat ilmeisesti ja täysin avoimesti pätemättömiä. Itse asiassa matemaattinen analyysi päätelmästä päättelystä takaa siirrettävyyden vain silloin, kun jokaisella vaiheella ensimmäisen jälkeen on maksimaalinen todennäköisyys. Se on siten suoraan vastakkainen tuomioistuimen toimintaperiaatteelle, joka edellyttää sen sijaan, että jokaisella vaiheella ennen viimeistä pitäisi olla maksimitodennäköisyys. Tästä seuraa, että tuomioistuimet eivät voi käyttää näytön standardia, joka on matemaattisten todennäköisyyksien varassa.”¹⁷⁴²

Cohen yrittää jälleen löytää keinon, jolla matemaattisen teorian kannattajat voisivat voittaa ongelmat. Hän hylkää ajatuksen siitä, että bop-näytön ei-siirrettävyys olisi selitettävissä puhtaasti oikeudelliseksi ongelmaksi. Myöskään ajatus, että kaksivaiheisessa päättelyssä olisi tarpeen, että ensimmäinen vaihe näytetään toteen brd ja toinen voidaan näyttää vain bop, ei käy perusteluksi sen varmistamiselle, että kokonaisjohtopäätöksen todennäköisyys ei olisi alempi kuin minkään sen vaiheen oma todennäköisyys, koska matemaattisella tulkinalla kaksivaiheinen päättely saavuttaisi saman tuloksen yhtä lailla hyvin, jos

¹⁷⁴⁰ Cohen 1977, s. 69 – 70.

¹⁷⁴¹ Cohen 1977, s. 70 -71 esittää tästä vastaansanomattoman esimerkin, johon olen lisännyt kirjaimet sen havainnollistamiseksi. Todennäköisyys sille, että ihminen on Englannin asukas (R), on 1 sen näytön perusteella, että hän asuu Oxfordshiressä (Q), ja todennäköisyys sille, että ihminen asuu Oxfordshiren ulkopuolella (S), on melko korkea sen näytön perusteella, että hän on Englannin asukas (R). Mutta todennäköisyys sille, että ihminen asuu Oxfordshiren ulkopuolella (S), on nolla sen näytön perusteella, että hän on Oxfordshiren asukas (Q).

¹⁷⁴² Cohen 1977, s. 71.

(vastoin Wigmoren periaatetta) toinen aste todistettaisiin brd kun ensimmäinen aste olisi näytetty vain bop. Kertolasku ei riipu kerrottavien järjestyksestä.¹⁷⁴³

Cohen toteaa yleisesti, että jos argumentin perusta on vain keskinkertaisen vahva, näyttää olevan järkevää uskoa, että vahva ylärakenne ei voi antaa lopussa huomattavasti luotettavampia tuloksia kuin heikko: jokainen kokonaisjohtopäätös on väistämättä melko epäluotettava. Mutta jos perusta on tosi vahva, silloin myös keskinkertaisen vahva ylärakenne antaa merkittävästi luotettavampia tuloksia kuin heikko. Pitkään päättelyketjuun antautuminen on suunnilleen samaa kuin laskeutuminen yläkerran ikkunasta todellisen ketjun varassa. Putoamismatka jää lyhyemmäksi, jos ketjun alemmat lenkit ovat heikkoja, kuin jos heikot olisivat ylempänä. Ja edelleen, oletetaan että faktaväite tulee näytetyksi toteen, olkoon näytön vahvuus mikä tahansa, vain jos näytön lähtökohdat eivät itse ole ristiriidassa keskenään. *Todistaminen on sellaista, joka voi riippua siitä, mikä on todennäköisesti pääteltävissä tiedossa olevista faktoista, mutta ei siitä, mikä on varmasti pääteltävissä todennäköisistä faktoista.* – Tämä näyttää Cohenin mukaan viittaavan siihen, että ”totutussa asenteessaan päättelystä päättelystä kohtaan tuomioistuimet eivät ole asettamassa jotain ihmeellistä legaalista rajoitusta, vaan pelkästään pukevat sanoiksi terveen järjen ajatuksia näytöstä ja todennäköisyydestä.”¹⁷⁴⁴

Cohenin viimeksi mainitut toteamukset common law -tuomioistumista pitävät paikkansa varmaan yleisestikin, samoin hänen esimerkkinsä siitä, että ketjun alkupään tulee olla vahvaa (brd), kun loppupäähän käy heikompikin ”lenkki” (bop). Jos jo pohja on huono, sille ei voi luotettavasti rakentaa, lopputulos ei ole ”safe”.

11.1.3.4 Negaation ongelma

Pohjustukseksi Cohenin esitykselle referoin häneltä pienen todistusharkintatilanteen.¹⁷⁴⁵ Kysymys oli siitä, oliko 17.37 ja 18.37 välillä vastaanotettu telex-sanoma vastaanotettu (erään muun) telexin jälkeen, joka tiedettiin vastaanotetun 17.30 ja 18.00 välillä. Tuomari ajatteli, 1) että oikeus ”voisi vain tehdä parhaansa” ottamalla

1743 Cohen 1977, s. 71 – 72. Edellä olevassa todistelussa Cohenin lähtökohta oli hiukan toinen kuin aikaisemmin: hän todisti, että todennäköisyyksiä ei common law’n oikeuskäytännössä käsitellä matemaattisesti, mikä ilmenee siitä, että ne eivät salli transitiivisuutta, vaan edellyttävät vahvaa, brd-standardin näyttöä jokaiselta aiemmalla ”lenkiltä” – ennen ultima probandumia, joka voikin sitten olla näytetty toteen bop-standardilla. Merkilläpantava on myös Cohenin toteamus, että jos nämä tuomioistuntien soveltamat todennäköisyydet olisivat matemaattisia, tuomioistuimet olisivat ilmeisesti ”ready to accept arguments that are obviously and blatantly invalid”.

1744 Cohen 1977, s. 72 – 73. Kursivointi JR.

1745 Kysymyksenasettelu pohjautuu juttuun ”The Brimnes” (1973) 1 All E.R. 769 ss. (Brandon, J) eli Tenax Steamship Co v Owners of the Motor Vessel Brimnes [1974] EWCA Civ 15, ja kommentti siihen on teoksessa Cohen 1977, s. 80 alaviitteessä 4. Cohen viittaa siis erityisesti Brandon J:n lausuntoon. Prejudiaatin ydin oli, että tarjouksen peruminen telexillä oli tehokas silloin, kun se oli saapunut vastaanottajalle ja tämä olisi voinut lukea sen, ei silloin, kun tämä tosiasiallisesti (myöhemmin) luki sen.

keskiarvo-ajan 18.07 edelliselle sanomalle; 2) että, jos tämä oli väärin, tuomioistuimien voisi sanoa, että edellinen sanoma oli ”more likely” ollut myöhemmin kuin jälkimmäinen; ja 3) että ”jos kumpikaan näistä suhtautumistavoista ei ole oikeutettu, kanta on se, että kumman tahansa puolen sitten tuleekin juttunsa voittaakseen näyttää positiivisesti toteen, että toinen kahdesta tapahtumasta edelsi toista, se puoli on epäonnistunut kantamaan sillä olleen todistustaakan”. Näistä kolmesta vaihtoehdosta kolmas pitää Cohenin mukaan eniten yhtä hänen argumenttiensa kanssa, toinen ilmeisesti omaksuu bop-näyttöön matemaattisen lähestymistavan, minkä Cohen hylkää, ja ensimmäinen ”henkii pragmatismia ja kompromissia, joka on joskus yhtä arvokas käytännössä kuin mitä se on vaikea teorialle omaksua”.

Negaation ongelma johtuu aksioomasta, että jos väitteen todennäköisyys on x , vastakohtaan todennäköisyys on $1-x$. Kuten Cohen esittää, rikosjutuissa tämän ei tarvitse olla ongelma, koska näyttökynnys voi olla korkealla (brd); riitajutuissa, joissa kynnys on bop, päädytään ongelmiin. Jos kanteen voittamiseen vaaditaan 0.501:n todennäköisyys, vastaaja voittaa jutun, jos kanteen todennäköisyys jää 0.499:ään.¹⁷⁴⁶ Tilannetta kuvaa rodeon kuokkavieras-esimerkki, jossa lähtökohtainen todistusaineisto¹⁷⁴⁷ oletetaan samaksi kaikilla katsojilla. Tuhannesta katsojasta 499 maksoi lipun, joten todennäköisyys myönnettyjen faktojen perusteella sille, että katsoja A ei maksanut, on 0.501, joten matemaattisten teorioiden mukaan¹⁷⁴⁸ rodeon järjestäjä olisi oikeutettu saamaan suoritustuomion A:ta vastaan. Cohen arvioi tämän vaikuttavan epäoikeudenmukaiselta. Kaikki 1.000 katsojaa olisivat A:n asemassa, joten järjestäjät olisivat oikeutettuja saamaan korvauksen 1.000 pääsylipun hinnasta.¹⁷⁴⁹ Epäoikeudenmukaisuus ei johtuisi huonosta prosessaamisesta, vaan itse oikeusjärjestelmästä; järjestelmä ei tule rakentaa sellaiseksi, että se asianosainen, jonka ”kuuluisi” voittaa, todennäköisesti häviäisi.

Jälleen Cohen pohtii, miten ongelmasta voitaisiin päästä pelastaen matemaattinen teoria. Hän päätyy siihen, ettei bop-näyttökynnyksen nostaminen käy ratkaisuksi. Perusteet tälle – konjunktion aiheuttamien vaikeuksien paisuminen, ”oikeasta punninnasta” luopuminen, epäilyksen tason jääminen nostosta huolimatta korkeaksi – esitin tarkemmin edellä bop-näyttökynnyksen yhteydessä.¹⁷⁵⁰

1746 Toisin sanoen tuhannessa jutussa kantaja käsittäkseni voittaisi 501 ja vastaaja, ehkä ”väärin”, 499 jutussa. Tähän voisi huomauttaa, että 0.501 eli sadasosan ero ei ole realistinen. Mutta tilanne ei periaatteessa muutu, vaikka suhde olisi 0.6/0.4: silloin 40 prosentissa jutuista voisi tulla ”väärä” tulos.

1747 Sikäli kuin sitä on – oletus on, ettei irtolippuja käytetty ja ettei ole todisteita siitä, maksoiko katsoja A vai kiipesikö aidan yli.

1748 Niin bop -todennäköisyys kuin a priori – ja a posteriori -todennäköisyyksien ero olisi järjestäjän hyväksi.

1749 Cohen 1977, s. 74 – 75. – Jos siis 499 maksoi jo portilla lippunsa, järjestäjän loppusaldo tällaisen sananmukaisen massaoikeudenkäynnin jälkeen olisi 1.499 lipun hinta.

1750 Ks. Cohen 1977, s. 76 – 77.

Toinen mahdollisuus olisi sanoa, että (näytön) relevanssi on esimerkissä arvioitu väärin. Ehkä A oli ollut aikanaan partiopoika ja entisetkin partiopojat ovat 90-prosenttisesti rehellisiä rahan suhteen. Jos kaikki seikat, jotka olisivat olleet relevantteja sen tilastollisen todennäköisyyden kannalta, että A on huijannut rodeon järjestäjiä, referenssiluokka olisi ollut aika tavalla erilainen eli ”ihmisten luokan” sijasta ”entisten partiopoikien luokka”, ja tilastollinen todennäköisyys sille, että tuon luokan jäsen olisi laiminlyönyt maksaa pääsymaksunsa rodeoon, olisi ehkä ollut paljon lähempänä 0.2:ta kuin 0.501:tä.¹⁷⁵¹

Cohen torjuu tämän pelastustavan useilla argumenteilla. Ensinnäkin, jo ilman mitään näyttöä partiopojista tuomioistuin ei tuomitsisi A:ta. Lisäksi, vaikka rehellinen mies rodeossa voisi vapautua epäilyksestä luonnetodistelun perusteella, voi olla muita juttuja, joissa paradoksi säilyy. Vaikka kaikki relevantit olosuhteet otettaisiin huomioon, matemaattinen todennäköisyys kantajan hyväksi voisi olla esimerkiksi 0.501, 0.7 tai 0.8. Oikeusjärjestelmä hyväksyisi tuolloin ilmeistä vääryyttä matemaattisen teorian perusteella, aina kun ihmisen relevantit olosuhteet olisivat omiaan sijoittamaan hänet jonkin kriittisen jakolinjan enemmistön puolelle, vaikka hän oikeasti kuuluisi vähemmistöön.¹⁷⁵² – Osassa näistä argumenteista voi käsittääkseni havaita taustalla ajatuksen a priori- eli alkuperäistodennäköisyyden käytön kiellettyisyydestä tai periaatteellisen – ja riittaisen – kysymyksen asian ratkaisemisesta pelkän tilastonäytön perusteella (mikä on kyllä jo koko esimerkin lähtökohtainen ongelma).

Viimeiseksi pelastuskeinoksi Cohen esittää oletusta, että paradoksit syntyvät vain sen vuoksi, että tilastollisen näytön mahdollisuutta on harkittu suhteessa kysymyksiin, joihin tilastollinen näyttö ei sovellu. Hän ehdottaa, että tilastollinen näyttö ei olisi sallittua, kun todistettavana on ”yksilöä koskeva tosiseikka, joihin liittyy merkittävä päätöksentekoa tai tahdonvaltaisuutta koskeva ainesosa”. Hän päätyy kaiken kaikkiaan (ainakin) common law’lle realistiseen toteamukseen, että väitettyjen kaltaisia paradokseja ei todellisuudessa synny, sillä näytön sallittavuutta koskevat säännöt estävät ne.¹⁷⁵³ Cohen ei (tietenkään) jätä asiaa tähän, vaan kysyy, miksi tuomioistuimet ovat vastahakoisia ottamaan vastaan tilastollista todistelua tahdonvaltaisista toimista. Syyn täytyy hänen mukaansa olla siinä, että bop-standardilla tällöin hyväksyttäisiin samalla merkittäväällä todennäköisyydellä vääryyttä,¹⁷⁵⁴ ja päättelee tästä, ettei se todennäköisyys, josta näytön standardien yhteydessä puhutaan, ole ”sellainen, johon todellisuudessa liittyisi mahdollisuus sellaiseen vääryyteen”. Toisin sanoen, torjumalla

¹⁷⁵¹ Cohen 1977, s. 78.

¹⁷⁵² Cohen 1977, s. 78 – 80.

¹⁷⁵³ Cohen 1977, s. 78 – 79.

¹⁷⁵⁴ Cohen tarkoittanee tällä juuri bop-standardin matemaattiseen soveltamiseen liittyvää 0.499-mahdollisuutta voittaa kanne ”ansaitsemattomasti”.

matemaattinen todistelufilosofia paradoksi vältetään helpommin kuin olettamalla tilastot irrelevanteiksi tahdonvaltaisia toimia koskevissa kysymyksissä.¹⁷⁵⁵

Cohen esittää tiivistäen, että jos näyttöstandardeja tulkitaan todennäköisysteorian mukaan, johon sisältyy komplementaarinen negatioperiaate, asianosaisten tulkitaan pyrkivän jakamaan ikään kuin määrätty juttuaineistojensa vahvuuden (case-merit) määrä keskenään. Tällöin riitajutun häviäjän ”meriitit” vaihtelevat käänteisesti voittajan vastaavien kanssa, mikä luo paradoksin, jossa näyttö sallitaan pelkästä kahden todennäköisyyden punninnasta. Paradoksi voidaan välttää hylkäämällä komplementaarisen negaation periaate: silloin voidaan olettaa asianosaisten ottavan osaa juttuaineistojensa vahvuuden ”kilpailuun” eikä jakavan määrättyä vahvuuden määrää. Ainoa vääryyden mahdollisuus, joka virallisesti silloin hyväksytään, on mahdollisuus, että toinen asianosainen ei ole esittänyt niin vahvaa ”casea” kuin olisi voinut. Mutta silloin vika on asianosaisten, hänen asiamiehensä tai todistajiensa, ei oikeusjärjestelmän. Cohen katsoo, että jos juridisen todennäköisyyden standardeja tulkitaan induktiivisten eikä matemaattisten todennäköisyyksien mukaisesti, juuri näin tapahtuu.¹⁷⁵⁶ ”Riitajuttujen näytön standardia on tulkittava siten, että se antaa aiheen odottaa, että kaiken todistelun vastaanottamisen jälkeen bop-standardi tietyn johtopäätöksen puolesta tuottaa uskomuksen tuon johtopäätöksen totuuteen järkevien ihmisten keskuudessa. Tarvitaan siis sellainen todennäköisyyden käsite, joka hyväksyy kynnyksen järkevälle hyväksymiselle, tai kohtuullisen uskomuksen, joka on aivan erillään brd-uskomuksen kynnyksestä. Sellainen on juuri induktiivisella, vaan ei matemaattisella todennäköisyydellä”.¹⁷⁵⁷

11.1.3.5 Brd-standardin ongelma

Cohenin mainitsema brd-standardin ongelma on lyhyesti sanottuna se, että ihminen on taipuvaisempi katsomaan, että tietty johtopäätös ei ole varma sen vuoksi, että on olemassa erityinen, spesifioitavissa oleva syy sen epäilemiselle, kuin katsomaan, että on kohtuullista epäillä johtopäätöstä sen vuoksi, että se ei ole varma. Tämän vuoksi matemaattisen todennäköisyyden asteikko on hyödytön brd-näytön arvioimiseen.¹⁷⁵⁸ Ongelmaa käsittelen laajemmin jäljempänä, Cohenin oman induktiivisen teorian yhteydessä. Kysymys voidaan liittää laajemminkin siihen, missä määrin brd tarkoittaa epäilystä, joka saa harkitsevan henkilön epäilemään ja jonka mittaamiseen hän käyttäisi omien tärkeiden

¹⁷⁵⁵ Cohen 1977, s. 79.

¹⁷⁵⁶ Cohen 1977, s. 79 – 80.

¹⁷⁵⁷ Cohen 1977, s. 81.

¹⁷⁵⁸ Cohen 1977, s. 82.

asioidensa hoitotapaa.¹⁷⁵⁹ Tältä osin olen käsitellyt kysymystä laajemmin edellä brd-standardin esittelyn yhteydessä.

11.1.3.6 Kriteerien (puuttumisen) ongelma

Cohen katsoo, että mikään tunnettu matemaattisen todennäköisyyden kriteeri ei sovellu juridisten todisteiden arvioimiseen.¹⁷⁶⁰ Hän on jo näyttänyt tilastolliset kriteerit soveltumattomiksi. Rudolf Carnapin kehittämän range-järjestelmän (range-measure) kriteerit¹⁷⁶¹ taas edellyttävät ”rangin” määrittystä koskevaa yksimielisyyttä, jota ei voida olettaa. Lisäksi Cohen sulkee, lähinnä valamiehiä silmällä pitäen mutta myös yleispätevästi, pois vedonlyöntiin sovellettavat kriteerit.

Cohen katsoo, että jos matemaatikko haluaa puolustaa lähtökohtaansa suhteessa judisiaaliseen näyttöön, hänen tulee esittää näytön arvioimiselle jotakin toista muotoa. Sen täytyy olla muotoa $Pm[S, R] = n$ olevien lausekkeiden totuus-kriteerien yhdistelmä, joka täyttää kaksi ehtoa. Ensinnäkään mikään judisiaalisen todistelun rajoitus ei saa estää sen soveltamista tähän todisteluun. Toiseksi, sen täytyy nojautua johonkin ehdottomaan mittaan, jota voidaan verrata vetoamiseen esimerkiksi tilastollisiin frekvensseihin tai vyöhykkeiden suhteisiin (rangeratios). Kunnes sellainen totuus-kriteerien yhdistelmä on luotu, matemaattinen teoria on Cohenin mukaan melko heikossa ja paradoksaalisessa asemassa. Sen oletuksena on, että on olemassa arvioinnin tapa, joka vastaa tiettyjä melko rajoitettuja edellytyksiä. Mutta se ei voi kuvata, miten tämä arvioinnin tapa toimii saati miten varsinaiset arvioinnit sen mukaisesti on tehtävä.¹⁷⁶²

11.1.3.7 Henkilönäytön korroboraatiosta ja muun näytön yhteisvaikutuksesta. A priorin välttämättömyys

11.1.3.7.1 Korroboraatio

Cohen todistaa, miten matemaattinen ajattelu ei (ainakaan kunnolla) toimi silloin, kun samaa teemaa todistavat useat todisteet.

Cohen lähtee siitä, että henkilönäytön (testimonial) korroboraatio, kertomusten toisiaan tukeminen, ja muun näytön yhteisvaikutus (convergence) ilmaisevat yleisen loogisen rakenteen, mutta rakenteen perinteinen bernoulliaaninen analyysi on epätydyttävää, koska se antaa väärän tuloksen aina kun korroboroitavat tai yhteisvaikuttavat todennäköisyydet ovat itse pienemmät kuin 0.5.¹⁷⁶³ Mate-

¹⁷⁵⁹ Tästä Laudan 2006, s. 37 – 38.

¹⁷⁶⁰ Cohen 1977, s. 97 – 89.

¹⁷⁶¹ Cohen 1977, s. 88 – 89 käy myös tämän vaihtoehdon läpi.

¹⁷⁶² Cohen 1977, s. 92.

¹⁷⁶³ Cohen 1977, s. 93 – 95. Hän käyttää common law’n terminologian mukaisesti muusta kuin henkilönäytöstä (oikeastaan tarkemmin todistajanäytöstä?) nimitystä circumstantial evidence). Erilaisesta terminologiasta johtuvien väärinkäsitysten välttämiseksi käytän siitä nimitystä ’muu näyttö’. Korroboraatiolla hän tarkoittaa testimoniaalista näyttöä ylipäänsä, ei siis korroboraatiota yksin siinä perinteisessä mielessä, kuin puhutaan korroboraatiosäännöistä eli säännöistä, jotka määräävät näytön riittävyyden edellytykseksi tietynlaatuisen

maattiseen todennäköisyyteen perustuva selitysmalli edellyttää johtopäätöksen a priori -todennäköisyyden huomioon ottamista.¹⁷⁶⁴ Vaikka ilmeisesti tyydyttävä matemaattinen selitysmalli voidaan antaa, kun rekvisiittana olevat itsenäiset ehdot muotoillaan sopivasti, se tekee välttämättömäksi liittää positiivinen alkuperäistodennäköisyys kaikkiin todisteltavina oleviin päätelmiin. Tämä on ristiriidassa sen normaalin säännön kanssa, että juttu tulisi ratkaista pelkästään tuomioistuimelle esitettyjen tosiseikkojen perusteella. Vaikeus voidaan välttää, jos S:n juridinen todennäköisyys R_1 & R_2 :n perusteella ymmärretään R_1 & R_2 :n matemaattisena epätodennäköisyytenä ei-S:lle. Mutta tällöin hylätään teoria, että S:n juridinen todennäköisyys R_1 & R_2 :n perusteella on identtinen S:n matemaattisen todennäköisyyden kanssa R_1 & R_2 :n perusteella, ja oikeutus siirtymiselle alkuperäisestä todennäköisyydestä sen vastakohtaan jää hämäräksi.

Henkilönäytön korroboraation yksinkertaisin muoto on se, että kaksi toisistaan riippumatonta todistajaa todistavat saman väitteen paikkansapitävyydestä. Se, että todiste A todistaa että p , nostaa todennäköisyyttä että p , ja samoin se, että todiste B todistaa että p , ovat yleisesti hyväksytyjä tosiseikkoja. Molemmat seikat yhdessä nostavat tätä todennäköisyyttä enemmän kuin kumpikaan tekisi yksinään, edellyttäen että kumpikaan fakta ei ole kausaaliyhteydessä toiseen (muutoin kuin yhteisen teeman kautta). Kaksi muuta todistetta tekevät samalla tavoin johtopäätöksen todennäköisemmäksi, kun ne vaikuttavat yhdessä samalla riippumattomuuden edellytyksellä.¹⁷⁶⁵

Cohen toteaa, että Bernoulli – Boolean kaava on ilmeisesti riittävän plausiibeli, kun p ja q ovat riippumattomia toisistaan ja molemmat suurempia kuin 0.5 ja kun kysymyksessä ei ole mitään muuta kuin kertomuksen totuus tai valheellisuus tai syyllistämisen oikeellisuus tai virheellisyys. Kaava antaa silloin aina w :lle suuremman arvon kuin kummallakaan p tai q on, ja näyttää, että ikään kuin korroboraatio tai vastaavasti yhteisvaikutus olisi tapahtunut. Kuitenkin kaava kertoo myös sen, että jos A:n totuuden kertomisen (tai A:n syyllistämisen oikeellisuuden) matemaattinen todennäköisyys on vähemmän kuin 0.5, ja samoin B:n, silloin matemaattinen todennäköisyys sille, että he molemmat kertovat totuuden (tai syyllistävät oikein) on vielä vähemmän. Niinpä tällä tavalla ei voida selittää yhtä tavallista todistajanäytön korroboraation tai muun näytön yhteisvaikutuksen tyyppiä.¹⁷⁶⁶

todistelun lisäksi jonkin lisänäytön. Jälkimmäisiä, nykyään common law'stakin melkoisesti hävinneitä ja jossain määrin legaalista todistusteoriaa muistuttaneita sääntöjä käsittelemä todistelun vapauden rajoitus-yhteydessä.

¹⁷⁶⁴ Cohen viittaa tässä Ekelöfin erään mallin epäonnistumiseen. Tätä selostan vähän myöhemmin.

¹⁷⁶⁵ Cohen 1977, s. 94.

¹⁷⁶⁶ Cohen 1977, s. 96 – 97 esittää esimerkkejä tästä: ”Yksi todistaja voi esimerkiksi näyttää melko epäluotettavasta pälyilevän käytöksensä vuoksi, ja toinen saattaa näyttää epäluotettavalta huonon näkönsä vuoksi. Kuitenkin ehkä he täysin itsenäisesti kertovat täsmälleen samalla tavalla, vaikka kumpikin olisi voinut esittää mitä tahansa muita kertomuksia. Sellaisessa tilanteessa Boolean kaava tuottaa alhaisemman todennäköisyyden

Cohenin mukaan voisi olla houkuttelevaa esittää Boolean analyysiin seuraavaa korjausta: ”Yksi todistajankertomus asiasta ei voi olla riippumaton toisesta, jos ne molemmat ovat tosia, koska ne tekee tosiksi sama perustana oleva tosiseikka. Mutta yksi todistajankertomus voi olla riippumaton toisesta, kun ne ovat molemmat väärä. Siten, jos p on matemaattinen todennäköisyys sille, että A:n kertomus on väärä ja q on matemaattinen todennäköisyys sille, että B:n kertomus on väärä, silloin pq on todennäköisyys sille, että molemmat kertomukset ovat väärä, $1-pq$ on todennäköisyys sille, että joko kertomukset eroavat totuusarvoltaan tai ne ovat molemmat tosia, ja $1-p$ on todennäköisyys sille, että A:n kertomus on totta. Siksi todennäköisyyden sille, että jos A:n ja B:n kertomuksilla on sama totuusarvo, ne ovat molemmat tosia, täytyy aina olla suurempi kuin todennäköisyys, että A:n kertomus on tosi.” Cohen kumoaa tämänkin ”korjaus ehdotuksen” käyttökelpoisuuden.¹⁷⁶⁷

Cohenin mukaan Boolean keskeinen ongelma ei ole se, että se käsittelee totuutta ja ei-totuutta symmetrisesti, vaan se, että se pitää silmällä tilannetta, jossa mahdollisuuksien ala on binaarinen: todistaja joko puhuu totta tai hän puhuu valhetta. Mutta jos yhden epäluotettavan todistajan todistuksen ymmärretään tukevan toisen todistusta matemaattisen todennäköisyyden mukaisesti, tämä korroboratio näyttää tapahtuvan juuri sen vuoksi, että on olemassa hyvin monta muuta kertomusta, jotka kaikki olisivat voineet tulla kerrotuiksi. Mahdollisuuksien ala on moninkertainen.

Samalla tavalla, kun kaksi indisiota vaikuttavat yhdessä saman henkilön syyllisyyden tueksi, hänen syyllisyytensä matemaattinen todennäköisyys näyttää kohonneen vain siksi, että on olemassa hyvin monia muita ihmisiä, joita kumpikin indisio olisi voinut syyllistää.¹⁷⁶⁸

Edellä sanottu tarkoittaa Cohenin mukaan, että aina kun korroboratio esittää matemaattisen todennäköisyyden mukaisesti oikein, on otettava huomioon niin a priori -todennäköisyys, että tietty kertomus on tosi, kuin myös sen totuuden todennäköisyys todistelun eli jonkun todistajan kertomuksen perusteella. Vaikka yhteisymmärrykseen pääseminen on suhteellisen epätodennäköistä (kun voidaan puhua kovin monenlaista), pitää kuitenkin todennäköisesti paikkansa se, mistä on päästy yhteisymmärrykseen. Vastaavasti aina esitettäessä todisteiden yhteisvaikutusta matemaattisen todennäköisyyden mukaisesti täytyy ottaa

heidän yhdistetylle totuudellisuudelleen ... Boolean kaava saa nuo kaksi todistajankertomusta horjuttamaan toistensa arvoa ... Vastaavasti tosiseikka, että syytetyllä oli motiivi uhrin surmaamiseen, voi olla vain lievästi syyllistävä, koska ehkä tiedetään neljällä muullakin olleen motiivi, ja tosiseikka, että hänellä oli tilaisuus surmaamiseen, voi myös olla vain lievästi syyllistävä, koska ehkä tiedetään neljällä muullakin henkilöllä olleen tilaisuus. Mutta motiivin ja tilaisuuden yhdistyminen yhteen henkilöön yhdeksästä on vakavammin syyllistävä, eikä Boolean kaava voi kuvata tätä. Jos syytetyn syyllisyyden todennäköisyys motiivinäytön perusteella olisi 0.2 ja tilaisuusnäytön perusteella myös 0.2, Boolean kaava antaa noin .06:n matemaattisen todennäköisyyden syytetyn syyllisyydestä yhdistetyn ja yhteisvaikuttavan näytön perusteella.”

¹⁷⁶⁷ Cohen 1977, s. 97.

¹⁷⁶⁸ Cohen 1977, s. 97 – 98.

huomioon a priori -todennäköisyys sille, että esimerkiksi syytetty – joka on yksi hyvin monista mahdollisista rikollisista – teki rikoksen, yhtä hyvin kuin tämän todennäköisyys oikeudelle esitettyjen tosiseikkojen perusteella. Siinä missä jonkun mielivaltaisesti valitun ihmisen syyllisyys on suhteellisen epätodennäköinen, se seikka, että tietyllä ihmisellä on sekä motiivi että tilaisuus, on todennäköisemmin merkityksellinen.

Perimmäinen ongelma Boolean kaavassa Cohenin mukaan on, että se ei ota lainkaan huomioon relevanttia a priori -todennäköisyyttä. Nämä alkuperäistodennäköisyydet todella *täytyy* ottaa huomioon, jos kumpikin kahdesta korroboroivasta tai yhteisvaikuttavasta premissistä voi sellaisenaan antaa alle 0.5:n todennäköisyyden kaivatulle johtopäätökselle.¹⁷⁶⁹

Cohen¹⁷⁷⁰ esittää Ekelöfin¹⁷⁷¹ yhteisvaikutus- ja korroboraatioperiaatteen, jonka hän sanoo ensi näkemältä välttävän kaavaan liittyvät vaikeudet:

”Oletetaan, että liikenneonnettomuutta koskevassa syytteessä on olemassa kaksi tosiseikkaa, jotka ovat omiaan näyttämään toteen, että autoista toinen ajoi yli 60 mailia¹⁷⁷² tunnissa; jarrutusjälkien pituus ja todistaja, joka näki onnettomuuden. Teemme edelleen epärealistisen oletuksen, että tutkimalla suuri määrä samanlaisia tilanteita on ollut mahdollista ottaa selville, että kumpikin näistä evidentiaalisista faktoista sisältää kolmessa tapauksessa neljästä totuutta vastaavan kuvauksen, kun taas neljännessä tapauksessa sillä ei ole minkäänlaista arvoa auton nopeuden näytönä. Ainakin jos kummankin todistuksellisen seikan arvo on riippumaton toisen arvosta, arvon [nimittäin yhdistetyn näytön] täytyy olla suurempi kuin $\frac{3}{4}$. Mutta kuinka paljon suurempi? Jarrutusjälkien pituus todistaa, että nopeus ylitti 60 mailia tunnissa kahdessatoista kuudestatoista samanlaisesta tapauksesta; vastaavasti todistajankertomus todistaa tämän kolmessa neljästä jäljellejäävistä tapauksista. Yhdistettyjen todistuksellisten seikkojen vakuuttamisvoima olisi silloin 15/16.”¹⁷⁷³

Cohen todistaa kuitenkin esimerkkiä käyttäen, että Ekelöfin periaate ei vältä sitä perimmäistä a priori -todennäköisyyksien vaikeutta, joka ajoi yhteisvaikutusongelman Bernoulli-Boole -perusteisen ratkaisun karille.¹⁷⁷⁴ Hän esittää sitten,

¹⁷⁶⁹ Cohen 1977, s. 98.

¹⁷⁷⁰ Cohen 1977, s. 99.

¹⁷⁷¹ Ekelöf 1964, s. 58.

¹⁷⁷² 96,56 km/h.

¹⁷⁷³ Ekelöfin esimerkkitapaus esiintyy muunnoksina muissakin yhteyksissä. Walter 1979, s. 178 – 179 osoittaa lopputuloksen virheelliseksi. Ekelöfin virhe on hänen mukaansa siinä, että tämä käyttää kahta eri mitta-asteikkoa, ensin 1/16-osia, sitten 1/4-osia. Vertailun pohja ei ole sama: ”Es werden, grob gesagt, Äpfel mit Birnen verglichen.”

¹⁷⁷⁴ Cohen 1977, s. 100: Esimerkissä p on 0.25 eli matemaattinen todennäköisyys sille, että rikollinen oli miespuolinen sen näytön perusteella, että hänellä on pitkä tukka, ja q on 0.25 todennäköisyys sille, että rikollinen oli miespuolinen todistajankertomuksen perusteella, jonka esitti naisten vapautusliikkeen kannattaja. Ekelöfin periaatteen mukaan nämä kaksi evidentiaalista faktaa vaikuttavat yhdessä antaen yhdistetylle näytölle

miten asianmukainen korroboraation ja yhteisvaikutuksen analyysi on suoritettava, ottamalla huomioon a priori -todennäköisyydet. Hän käyttää esimerkkinä syyttäjää, mutta toteaa mallin soveltuvan riitajuttuihin ja muihin asioihin.¹⁷⁷⁵

11.1.3.7.2 A priori -todennäköisyyden ongelmallisuus (legaalinen kiellettyisyys)

Aiemmin jaksossa 7.1.3.1 määrittelin alkuperäistodennäköisyyden ja a priori -todennäköisyyden, jälkimmäisen lähinnä sen kautta, miten se eroaa edellisestä. A priori -todennäköisyys liittyy oikeudenkäyntitodistelun kannalta matemaattisiin todistusharkintateorioihin ja niiden työkaluna olevaan Bayesin teoreemaan, ja se kuvaa tilannetta ennen uuden todisteen E esittämistä. Vastaavasti todennäköisyyttä todisteen esittämisen jälkeen kuvaa termi a posteriori -todennäköisyys, josta siis käy ilmi muutos eli teeman todennäköisyyttä koskeva todistusharkinnan tulos matemaattisesti ilmaistuna.¹⁷⁷⁶ Bayesin teoreema kuvaa muutosta tilanteesta, jossa on jo olemassa jotakin tietoa teeman tueksi. Se voi olla joko teeman alkuperäistodennäköisyys tai jo aikaisemmin esitetyn todisteen E_1 vaikutus teeman todennäköisyyteen. Kun esitetään uusi todiste E_2 , voidaan saada selville sen matemaattinen vaikutus todistelutulokseen. Bayesin teoreeman mukaista, E_1 :n jälkeistä a posteriori -todennäköisyyttä voidaan käyttää ”uudelleen” eli uuden todisteen E_2 a priori -todennäköisyytenä.

Cohen katsoo, että vaikka matemaattinen todennäköisyyden analyysi sallii korroboraation ja yhteisvaikutuksen, ne edellytykset, joilla se sen sallii, ”eivät

kasvaneen arvon 0.44. Kuitenkin, jos sen seikan matemaattinen todennäköisyys, että rikollinen oli mies, on kummankin todisteen perusteella erikseen 0.25, todennäköisyys, että rikollinen oli naispuolinen, on 0.75, ja siten yhdistetyllä näytöllä on 0.94:n vahvuus sen johtopäätöksen tueksi, että rikollinen oli nainen. Syntyi paradoksi, että Ekelöfin periaatteen mukaan kaksi todistetta vaikuttavat samalla kertaa vastakkaisiin suuntiin. Tai, toisin sanoin ilmaistuna, todistajan näyttö Ekelöfin mukaan korroboroi kumpaa tahansa johtopäätöstä, joka halutaan tehdä siitä seikasta, että tekijällä oli pitkä tukka; ja näyttö, joka väittää muka korroboivansa vastakkaisia johtopäätöksiä, ei itse asiassa korroboroi sekään. Jos yhdistetyn näytön vahvuus on ymmärrettävä matemaattisena todennäköisyytenä, on lisäksi olemassa selvä ristiriita kahden laskelman välillä, nimittäin sen laskelman, että todennäköisyys rikollisen miessukupuolesta on 0.44 ja sen laskelman, että todennäköisyys rikollisen naissukupuolesta on 0.94, koska oletuksen mukaan naissukupuolen todennäköisyys on todellisuudessa miessukupuolen todennäköisyyden komplementti. – Cohen kysyy, mikä meni vikaan, ja vastaa, että ilmeisesti ongelma on siinä, että eräät a posteriori -todennäköisyydet – eli 0.25:n arvoiset – ovat alhaisempia kuin vastaavat a priori -todennäköisyydet, jos rikollisen miessukupuolen todennäköisyys on esimerkiksi 0.5. Juuri siksi näyttö alentaa matemaattista todennäköisyyttä rikollisen miespuolisuudelle ja suurentaa naispuolisen rikollisen matemaattista todennäköisyyttä. Sellaisessa tilanteessa normaalisti tehtäisiin päätelmä, että näyttö suuntautuu siihen suuntaan, johon se lisää todennäköisyyttä. Sellaisen päätelmän esittämiseen tarvitaan kuitenkin toinen kuin Ekelöfin periaate: sen tulee ottaa asianmukaisesti huomioon a priori -todennäköisyydet.

1775 Cohen 1977, s. 101 – 103. Esimerkki muista asioista: seikat, että henkilö rakennuttaa talon Lontooseen ja liittyy siellä harrastajateatteriin, voivat yhteisvaikuttaa osoittamaan aikomusta asettua Lontooseen asumaan.

1776 Bayesin kaava siis osoittaa, miten a priori -todennäköisyydestä siirrytään a posteriori -todennäköisyyteen: esim. Niiniluoto 1983 s. 73–74.

koskaan legitiimisti täyty Englannin tai Amerikan oikeusjärjestelmien rikostuomioistuimissa, ainakin kahdesta syystä.”¹⁷⁷⁷

Ensimmäinen syy perustuu vaikeuteen ymmärtää todennäköisyyden punnitsemista monimutkaisissa riitajutuissa a priori ja a posteriori –todennäköisyyksien eron pohjalta. Jos todisteen näyttöarvoa ei mitata todistelusta tehtävän johtopäätöksen todennäköisyyden perusteella vaan tämän ja johtopäätöksen a priori –todennäköisyyden eron perusteella, kantaja voi joskus saada tilaisuuden näyttää toteen kokonaisuutensa bop, vaikka hän ei onnistu näyttämään toteen yhtä tai useampaa osatekijöistään sellaisinaan, mikä taas olisi ristiriidassa sen kanssa, miten tuomioistuimet todellisuudessa ratkaisisivat jutun.¹⁷⁷⁸

Kuten jo edellä on todettu, toinen syy olla turvautumatta a priori -todennäköisyyksiin on Cohenin mukaan se, että angloamerikkalaisessa prosessijärjestelmässä syytettyä voidaan arvioida vain tuomioistuimelle esitetyn todistelun perusteella: ”Niinpä hän ei tule oikeuteen mukanaan tietty positiivinen syyllisyyden a priori -todennäköisyys.”¹⁷⁷⁹

Kuten alkuperäistodennäköisyyden sallittavuutta koskevassa jaksossa totesin, Cohenin kritiikki suuntautui siinä matemaattisten teorioiden ja Bayesin teoreeman todistusharkinnassa käyttämistä vastaan. Kritiikin ydin on siinä, että teoreema edellyttää välttämättä a priorin olemassaoloa.

Cohen esittää, että kun rikosjutussa S on väite, että syytetty teki rikoksen, niin jos ei ole olemassa S:n positiivista todennäköisyyttä,¹⁷⁸⁰ on oletettava, että ei-S:n a priori -matemaattinen todennäköisyys on 1; ja, ”jos käsillä on ei-S:n tilanne, mikään määrä todistelua ei tule muuttamaan sitä.” Jos siis $p_m[S] = 0$, täytyy myös olla totta, että $p_m[S, R_1] = 0$ ja $p_m[S, R_2] = 0$. ”Vaikka korroboraaation ja yhteisvaikutuksen yleinen luonne sallii aivan hyvin analyysin matemaattisen todennäköisyyden termein, sellaista analyysia ei käy soveltaminen korroboraaation ja yhteisvaikutuksen esiintymisiin englantilaisten ja amerikkalaisten rikosoikeuksien erityisolosuhteissa. Näitä esiintymisiä täytyy sen asemesta analysoida jollakin muulla todennäköisyyden käsitteellä, joka sallii niiden esiintyä silloinkin, kun mitkään positiiviset a priori –todennäköisyydet syyllisyydestä eivät ole sallittuja.”¹⁷⁸¹

A priori -todennäköisyyden arvo ei siis saa olla 0. Jos se on 0, todennäköisyys a posteriori on myös 0, eikä mikään myöhempi todiste nosta sitä suuremmaksi.

¹⁷⁷⁷ Cohen 1977, s. 107.

¹⁷⁷⁸ Cohen 1977, s. 107 – 108.

¹⁷⁷⁹ Cohen 1977, s. 108. – Sitä, miten tämän seikan laita ymmärretään olevan muualla(kin), kuten Suomessa ja pohjoismaissa, käsitellään laajemmin jäljempänä. Cohen pohtii tässä asiaa rikosprosessin ja syyttömyysoletaman kannalta, mutta se on mutatis mutandis havaittavissa missä tahansa prosessissa etukäteisen tiedon tai ”tiedon” ongelmana.

¹⁷⁸⁰ Tässä Cohen tarkoittaa juuri alkuperäistodennäköisyyttä, a priori -todennäköisyyttä.

¹⁷⁸¹ Cohen 1977, s. 108 – 109. Cohen puhuu ”englantilaisten ja amerikkalaisten rikosoikeuksien erityisolosuhteista”, mutta kysymys ei käsittäkseni ole mitenkään erityisyydestä.

Kun todiste on ensimmäinen, teemalla ei voi olla muuta todennäköisyyttä kuin sen alkuperäistodennäköisyys. Kysymys on siitä, saako sitä käyttää a priorina. Cohen on voimakkaasti sitä mieltä, ettei se ole sallittua. Jos käyttö ei ole sallittua, matemaattisia teorioita ja Bayesin teoreemaa ei voida käyttää todistusharkinnassa tai sen käyttö on ainakin riidanalaista. Koska matemaattiset teoriat edellyttävät alkuperäistodennäköisyyden hyväksymistä ja käyttämistä ja koska se on kiellettyä, ei matemaattisia teorioita voida soveltaa eivätkä tuomioistuimet niitä sovello, vaan ne soveltavat jotakin muuta, eli induktiivista teoriaa.

Cohen käy läpi matemaattisten todistusharkintateorioiden kannattajien mahdollisia vastaväitteitä ja ”pakoteita”, kuten hän sanoo. Näitä olen selostanut edellä jaksossa alkuperäistodennäköisyyttä ja syyttömyysolettamaa koskevassa jaksossa.

Summa summarum: Bayesin teoreemaan tai ylipäätään bayesilaiseen ajatteluun liittyy joka tapauksessa se hyvä puoli, että se ainakin yrittää herättää soveltajansa kysymään, mihin hänen käsityksensä alkuperäistodennäköisyydestä perustuu.

11.1.4 Cohenin induktiivinen teoria

Cohen osoittaa matemaattiset teoriat edellä selostetuin tavoin kelpaamattomiksi tuomarin päätöksentekoon. Tämä koskee tilastolliseen todennäköisyyteen, relatiiviseen frekvenssiin ja Carnapin range-measure -teoriaan perustuvia teorioita.¹⁷⁸²

Cohenin oman induktiivisen teorian taustalla – ja oikeastaan koko matemaattisen (ongelmia ja paradokseja aiheuttavan) ajattelutavan hylkimisen taustalla – voi käsittääkseni sanoa olevan ainakin yhtenä tekijänä seuraava fundamentti, jonka hän on tuonut julki lähinnä brd-standardin yhteydessä. Arvioitsija on ”taipuvaisempi katsomaan, että tietty johtopäätös ei ole varma sen vuoksi, että on olemassa erityinen, spesifioitavissa oleva syy sen epäilemiselle, kuin katsomaan, että on kohtuullista epäillä johtopäätöstä sen vuoksi, että se ei ole varma.” Cohen tekee tästä johtopäätöksen, että ”matemaattisen todennäköisyyden asteikko on hyödytön beyond reasonable doubt -näytön arvioimiseen. Sen sijaan tarvitaan

¹⁷⁸² Cohen 1977, s. 88. Hän määrittelee Carnapin teorian ja sen epäkohdan näin: ”Sellainen systeemi arvioi todennäköiseksi tekemistä (probabilification) luokkien (range) suhteen mukaisesti. h :n todennäköisyys e :n perusteella mitataan sen suhteen perusteella, joka konjunktioilla h & e on e :n luokkaan, kun systeemissä tietyn lausekkeen luokka (ala) on niiden (järjestelmän sisällä saatavissa olevien) tilankuvausten luokka, joissa tuo lauseke pitää paikkansa. Mutta onpa tällä järjestelmällä muita sovelluksia tai ei, sitä rasittaa hyvin vakava haitta, kun kysymys on sen soveltamisesta judisiaalisiin todennäköisyyksiin. On tunnettua, että se ei synnytä pelkästään yhtä vahvistusfunktioita, vaan luokka-mittauksen mukaan vaihdellen, rajattoman määrän erilaisia vahvistusfunktioita, todennäköisyyksien arvioimiseksi.” Cohen kysyy vielä s. 89: ”Jos edes Carnap ei tuntenut mitään kiinnostavaa argumenttia vain yhden luokkamittauksen valinnalle, miten maallikoista koostuvan juryn oletetaan tekevän sen?”

luettelo kaikista niistä kohdista, jotka on näytettävä toteen suhteessa rikoksen jokaiseen elementtiin.”¹⁷⁸³

Ratkaisevaa ei siis Cohenin mukaan ole ”yleinen” epävarmuuden tuntu johtopäätöksen suhteen, vaan juuri tietty seikka, ”luettelon kohtaan” jäänyt aukko tai heikkous aiheuttaa epäilyksen. ”Vaikka matemaattisen todennäköisyyden asteikkoa olisi tarkoitus käyttää sen arvioimiseen, miten lähellä tietty johtopäätös olisi varmuutta, ratkaisevan tärkeä syy epäillä johtopäätöstä ei hyvin usein olisi se seikka, että todennäköisyys ei olisi korkeampi kuin esimerkiksi 0.95, vaan se erityinen näyttöön liittyvä seikka tai piirre, joka estäisi tämän todennäköisyyden kohoamasta vielä suuremmaksi.” Cohen esittää tästä käytännön esimerkkinä, että ”syytetyn syyllisyyden epäilemisen tekee järkeväksi ehkä juuri jonkin häntä vastaan todistaneen avaintodistajan pälyilevä käyttäytyminen tai se, että motiivista ei ole mitään näyttöä. Vastaavasti, vaikka matemaattisen todennäköisyyden asteikkoa voitaisiinkin käyttää sen arvioimiseen, miten lähellä jokin johtopäätös on varmuutta, sen arvioimiset olisivat hyvin usein turhia syyllisyyden epäilemisen perusteina. Näytön validiteetin arvoa voisi arvioida ottamatta huomioon matemaattisen todennäköisyyden asteikkoa. Asteikko olisi hyödytön.”¹⁷⁸⁴

Keskeisessä asemassa induktiivisessa teoriassa ovat kokemuslauseet, yleistykset. Näistä Cohen erittelee toisaalta (1) päättelysäännöt eli ”tapahtumien maailman yleistetyt ehdollisuudet” (synkkien pilvien olemassaolosta päätellään uhkaava sade) ja (2) yleistetyt ehtolauseet (jokainen tilanne, jos synkkien pilvien olemassaolon tilanne on käsillä, on tilanne, jossa sade on uhkaava).¹⁷⁸⁵

Faktaväitteitä testataan kokeilla, joilla saadaan selville niiden induktiivisen tuen aste. Cohen käyttää havainnollistamiseen esimerkkejä mehiläisten käyttäytymistä koskevista säännönmukaisuuksista.¹⁷⁸⁶ Kun toteutettuja testejä kuvaa kirjain *i* ja kaikkia niitä relevantteja testejä, jotka voitaisiin tehdä, kuvaa *n*, tosiseikkaväitteen induktiivisen tuen määrää kuvaa suhde *i/n*. Niinpä, jos *H* on yleistys (kokemussääntö) ”kaikki mehiläispopulaatiot voivat erotella värejä”, sen tuen aste, jonka todiste *E* antaa hypoteesille *H* eli *s*[*H*,*E*], tulee määrätä mahdollisimman täydellisten testien kokonaisuuden kautta, jotta saadaan tietää,

¹⁷⁸³ Cohen 1977, s. 82 – 83.

¹⁷⁸⁴ Cohen 1977, s. 83. Luettelo olisi luettelo ”kohdista, jotka kaikki on näytettävä toteen, ja kaikista erilaisista sivupuoluista, jotka kaikki on tukittava, suhteessa rikoksen kaikkiin elementteihin, jos syyllisyys on näytettävä toteen brd. Mistä tahansa sellainen luettelo saadaan tai omaksutaan, matemaattisen todennäköisyyden asteikko näyttää aivan turhalta. Näytön vahvuus riippuu vain siitä, missä määrin tuo luettelo on katettu.” Cohen käyttää kattamisesta sanaa *cover*. Tässä sen voi varmaan tulkita viittaavan (myös) siihen kattavuuteen tai vakauteen, mitä ymmärretään termillä *robustus*. – Cohen huomauttaa tässäkin yhteydessä s. 83 – 86, että korkea tilastollinen todennäköisyys ei ole välttämättä hyödytön. Sen täytyy kuitenkin sisältyä näyttöön tosiseikkana, josta voidaan argumentoida, eikä mittana sille asteelle, missä määrin johtopäätös on näytetty toteen, ja sen relevanssi on myös erikseen näytettävä toteen. Hän esittää myös esimerkkejä, kuten tunnistamiseen, yhdistykseen, ammattitaitoihin, vakuutusriskeihin, laadunvalvontaan ja juryn valintaan (!) liittyvät kysymykset. Kysymys on asiantuntijatodistelusta.

¹⁷⁸⁵ Cohen 1977, s. 122.

¹⁷⁸⁶ Cohen 1977, s. 130 – 133.

miten E vahvistaa H:n selvinneen ”läpi”. Niinpä sen tuen asteen määrittämisen muoto, joka ilmaisee kaiken mitä enimmillään pystytään sanomaan siitä, miten hyvin E tukee H:ta, voidaan kirjoittaa muotoon $s[H,E] = i/n$. Tämä tarkoittaa, että ”E gives H the i th grade of support, where the n th is the highest possible grade, and E gives H no higher than i th grade support.”¹⁷⁸⁷

Sääntöjen (1) inferentiaalisen pätevyyden luotettavuuden aste riippuu Cohe-
nin mukaan ilmeisesti vastaavan yleistetyn ehtolausuman (2) luotettavuudes-
ta. Jälkimmäisten luotettavuuden arviointi kuuluu perinteisesti induktiivisen
logiikan tai induktiivisen tuen teorian ”valtakuntaan”. Niinpä (1):n kaltaisen
säännön inferentiaalisen luotettavuuden arvioimiseksi on mitattava, miten pal-
jon induktiivista tukea on olemassa vastaavalle, (2):n kaltaiselle yleistykselle.
Uhkaava sateen induktiivinen todennäköisyys sen todistelun perusteella, että
synkkiä pilviä on taivaalla, on yhtä kuin sen induktiivisen tuen aste, että asian-
mukaisia havaintoja voidaan havaita yleistyksen tueksi (2). On kahta erilaista
näytön lajia: näyttö synkkien pilvien olemassaolosta eli sen olettamuksen tu-
eksi, jota todennäköisyys koskee, ja näyttö, joka tukee vastaavaa yleistystä (2),
kuten esimerkiksi meteorologinen faktatuki. Jälkimmäinen näyttö voi perustua
havaintoihin tai koetuloksiin.¹⁷⁸⁸ Cohen perustelee laajasti induktiivisen tuen
arvioimisen metodia ja niiden lausumien loogista rakennetta, jotka jakavat tu-
kea eri asteisiin ja osoittaa, että rakenne ei ole analysoitavissa matemaattisen
todennäköisyyden termein. Hän kuvaa myös induktiivista päättelyä vertaillen
sitä matemaattiseen todennäköisyyteen.¹⁷⁸⁹

Cohen toteaa, että ihmisten johtopäätökset muiden käyttäytymisestä perus-
tuvat normaalisti laajaan, inhimillistä käyttäytymistä koskevien yleistysten va-
rastoon, jota kukin kantaa päässään. Niinpä on mahdollista selittää brd-näyttö
näytöksi induktiivisen todennäköisyyden maksimitasolla.¹⁷⁹⁰ Näyttö seikasta S

1787 Cohen 1977, s. 133.

1788 Cohen 1977, s. 122 – 123.

1789 Cohen 1977, s. 123 – 244.

1790 Cohen 1977 suorittaa tämän s. 247 – 252. Hän tuo esiin muun muassa, että useimmat ihmiset elämänsä aikana hiljaisesti tukeutuvat valtavaan määrään inhimillisiä tarkoituksia, asenteita, tunteita, tai toimintoja koskevia yleistyksiä, koska he tekevät hyvin paljon sellaisia johtopäätöksiä yksittäisestä propositionista yksittäiseen propositioniin. Tyypillisesti nämä yleistyksiset eivät ole todettavissa täsmällisinä; ne toimivat terveen järjen oletamina siitä, mitä normaalisti on odotettavissa, mutta ovat kiistettävissä sovellettaessa niitä tiettyyn tilanteeseen, jos sen voidaan näyttää olevan jossakin merkityksellisessä suhteessa normaalista poikkeava. Jos puolustus kiistää syyttäjän väitteet kaikissa mahdollisissa kohdin, syyttäjän täytyy viime kädessä näyttää toteen, että tilanteen jokainen piirre on luonteeltaan vedotulle yleistykselle suosiollinen tai ei normaalista poikkeava. Monimutkaisemmissa jutuissa voidaan tarvita aika paljon argumentteja sellaistenkin seikkojen toteennäyttämiseen kuin tietyn todistajan luotettavuus tai varastetuiksi väitettyjen esineiden omistusoikeus. Lisäksi voidaan tukeutua useampaan kuin yhteen induktiivisesti tuettuun yleistykseen tietyn johtopäätök-
sen toteennäyttämiseksi. Pelkkä mielikuvituksellinen mahdollisuus ei kuitenkaan aiheuta järkevää epäilyä (Cohen käyttää esimerkkinä väitettä unettomasta naakasta jalokivivarkana). Tarve turvautua induktiivisesti tuettuihin yleistyksiin ei rajoitu circumstantial evidence -näyttöön, vaan yleistyksiin tukeudutaan hiljaisesti myös välittömän näytön tilanteissa, joissa joku todistaa olleensa silminnäkijänä jutussa. Näissä, kuten oikeas-
taan kaikissa jutuissa, kaiken esitetyn todistelun luotettavuus on implisiittisesti tai eksplisiittisesti kysymyk-
sessä. Näyttötuomarin täytyy ratkaista luotettavuuden taso, jota indikoi todistajien käyttäytyminen, heidän

bop-standardilla voidaan silloin selittää induktiivisen todennäköisyyden korkeamman tason näyttönä kuin se millä ei-S on näytetty toteen.¹⁷⁹¹ Muutkin näytön standardit ovat näillä termeillä ymmärrettävissä. Normaalit intuitiiviset todennäköisyyden arvioinnit ovat usein induktiivisia eivätkä matemaattisia, hän toteaa.

11.1.5 Miten Cohenin induktiivinen teoria selviää ongelmista?

Cohen käy läpi alussa esitetyt kuusi matemaattisten todennäköisysteorioiden ongelmaa ja pyrkii osoittamaan, miten ne voidaan induktiivisen todennäköisyyden teorialla välttää.¹⁷⁹²

Mitä ensinnä tulee *konjunktion ongelmiin*, Cohen yritti löytää matemaattisille teorioille peräti neljä erilaista pelastustietä niistä. Yksikään ei kuitenkaan ollut hänen todistuksensa mukaan hyväksyttävä. Miten Cohenin oma induktiivinen teoria selviää näistä ongelmista?

Cohenin mukaan induktivistisellä analyysillä ei ole vaikeuksia käsitellä monimutkaista riitajuttua, jossa kanne koostuu useista osatekijöistä. Joko osatekijöiden todennäköisyydet eivät ole yhteismitalliset, missä tapauksessa mitään todennäköisyysarvoja ei voida plausiibelisti liittää niiden konjunktion ja jokainen on erillinen tehtävä, tai vaihtoehtoisesti induktivistisen todennäköisyyden konjunktioperiaate antaa aivan tyydyttävän ja paradokseista vapaan tuloksen. ”Pääasian saman kategorian yhden tai useamman osaväitteen yhdistelmällä on sama induktiivinen todennäköisyys esitetyn näytön perusteella kuin jokaisella erillisväitteellä, jos nämä väitteet ovat yhtä todennäköisiä tuon näytön perusteella, tai sama todennäköisyys kuin vähiten todennäköisellä niistä, jos ne eivät ole yhtä todennäköisiä.” Induktivistisen analyysin mukaan, jos kantaja voittaa jokaisen kanteensa osatekijän bop, hänen voidaan katsoa voittaneen juttunsa kokonaisuudessaan bop, ilman että tällöin on asetettu rajoituksia kanteen yksittäisten osatekijöiden lukumäärälle tai sen todennäköisyyden tasolle, jolla jokainen osatekijä pitää saada voitetuksi. Jos kuitenkin on ainakin yksi osatekijä, jossa kantaja epäonnistuu voittamaan vastaajaa vastaan, hän ei voi

kertomuksiansa sisäinen johdonmukaisuus ja plausibiliteetti, heidän kertomustensa yhtäpitävyys muiden todisteiden kanssa ja heidän elämästään, maineestaan, kyvyistään ja juttuun sekaantumisestaan johtuvat seikat; ja hänen on ratkaistava nämä suhteessa siihen tilanteen tyyppiin, jota juttu edustaa, Cohen toteaa.

1791 Cohen 1977, s. 252 – 256. Cohen esittää esimerkin tilanteesta, jossa kantaja ja vastaaja esittävät vuoroin kantansa tueksi asiaväitteitä, joihin liittyy kulloinkin väite tietystä yleistyksestä liittyen esitettyyn näyttöön tai sen puuttumiseen. Esimerkissä vuoroin väitteen ja vastaväitteen hyväksyminen johtaa kulloisenkin vastapuolen vaakakupin nousemiseen ylös, kun hänen kantansa arvo, todennäköisyys, putoaa nolleen. Cohen kyllä myöhemmin s. 254 myöntää olevan ”täysin mahdollista, että argumentit etenisivät paljon riippumattomammin toisistaan, niin että jutussa todella esitetyn kokonaisnäytön perusteella molemmilla väitteillä olisi suurempi todennäköisyys kuin nolla, vaikka toinen on todennäköisempi kuin toinen.” ”Todellisessa jutussa voi lisäksi olla käsiteltävänä useita osakysymyksiä, ei vain yhtä.”

1792 Cohen 1977, s. 265 – 281.

voittaa juttua kokonaisuudessaan bop-standardilla. ”Tiivistäen, kantaja näyttää juttunsa kokonaisuudessaan toteen bop, jos ja vain jos hän siten näyttää toteen kaikki kanteensa osatekijät. Induktivistinen analyysi tarjoaa täsmälleen sen periaatteen, joka vastaa normaaleja käsityksiämme oikeudesta. Lisäksi se tekee tämän aivan joustavasti ja suoraviivaisesti, ilman mitään oikeutta koskevia *ad hoc* -oletuksia tai tunnettujen normien epäuskottavia uustulkintoja.”¹⁷⁹³

Mitä tulee *päättelystä päätelyn ongelmaan*, viitataan ensin tiivistykseeni tästä. Matemaattinen teoria lähti siitä, että todisteluketjussa eri portaiden näytövaatimus saa olla esimerkiksi $\text{brd} \rightarrow \text{bop} \rightarrow \text{brd} \rightarrow \text{bop} \rightarrow \text{bop}$, mutta Cohen osoitti, että vaatimusten tulisi olla $\text{brd} \rightarrow \text{brd} \rightarrow \text{brd} \rightarrow \text{bop}$. Kun oikeuskäytäntö ei hyväksy ensin mainittua matemaattista muotoa, se ei noudata matemaattista teoriaa ylipäätään, Cohen totesi. Oman teoriansa osalta hän vastaa seuraavasti.

Jos judisiaalisen näytön standardeja tulkitaan induktiivisen todennäköisyyden pohjalta, käy heti ilmeiseksi, miksi bop-näytön ei voida olettaa olevan transitiivista. Ei tarvittaisi enempää kuin yksi näytön taso, ellei mukana olisi enempää kuin yhdentyypinen yhteys. Mutta jos mukana on enemmän kuin yhdentyypinen yhteys, enemmän kuin yhden peittävän yleistyksen kategoria määrää induktiiviset todennäköisyydet. Sen vuoksi erilainen induktiivinen tuki-funktio on sovellettavissa peittävälle yleistykselle kullakin tasolla; ja, koska erilaiset tuki-funktiot ovat eriparisia toistensa kanssa (paitsi suhteessa niiden rajoittaviin arvoihin), niin samoin ovat eriparisia niiden synnyttämät todennäköisyys-funktiot. Tästä seuraa, että vaikka R on näytetty toteen Q:sta induktiivisen todennäköisyyden perusteella bop, ja S R:stä, ei voida olla niillä perusteilla varmoja, että S on näytettävissä toteen Q:n induktiivisen todennäköisyyden perusteella bop.¹⁷⁹⁴ Cohen selventää asiaa yksinkertaistaen erästä Wigmoren esimerkkiä:

”Oletetaan esitetyn näytön osoittaneen induktiivisen bop-todennäköisyyden arvioinnin perusteella, että A:n sormivamma oli tapaturmainen (eikä tahallinen), ja että A:n sormivamman tapaturmaisuus näyttää myös toteen on balance -standardilla, että A:n kuolema oli tapaturmainen (eikä johtunut hoitovirheestä). Seuraako tästä, että näyttö todistaa, on balance, että A:n kuolema oli tapaturmainen? Ongelma on siinä, että näytön ensimmäinen taso koskee ruumiinvamman jokapäiväistä aiheuttamista, jälkimmäinen seurauksia lääketieteellisestä hoidosta. *Eri tasolla relevantit tekijät ovat siten erilaiset, ja vaadittavia todennäköisyyksiä on arvioitava erikseen.* Mutta sellaisista keskenään eriparisista todennäköisyyksistä ei synny transitiivista päätelmää. Induktiiviset todennäköisyys-funktiot evaluoivat relevantin näytön painoarvon,

¹⁷⁹³ Cohen 1977, s. 266 – 267.

¹⁷⁹⁴ Cohen 1977, s. 268.

ja se mikä on relatiivisesti painavaa yhdentyypiselle johtopäätökselle, ei ehkä ole läheskään yhtä painavaa toiselle.”¹⁷⁹⁵

Cohen esittää kysymyksen, miksi tuomarien pitäisi vaatia, että monitasoisessa bop-näytössä jokaisen viimeistä edellä olevan tason täytyisi tuottaa johtopäätös brd, eikä sitä, että jokaisen ensimmäistä seuraavan tason tulee tehdä tämä – eli lyhyesti tulkittuna, miksi pitäisi vaatia, että ennen viimeistä olevilla portailla vaatimus on aina brd eli tiukka. Hän vastaa, että kaikki, mitä voidaan pitää kohtuullisen varmana tai tunnettuna tai hyväksyttynä tosiseikkana, voidaan sellaisenaan ottaa erilleen tunnetuksi hyväksytyksi tosiseikaksi, joka voi tarjota premissin seuraavalle näytölle; kun taas todistelu, joka on relevanttia ensimmäisen tason bop-johtopäätökselle, voi tuskin näyttää relevantilta kaikille myöhempien tasojen johtopäätöksille. Vastaavasti judisiaalinen bop-näyttö pyrkii todistamaan, että viimeisenä johdettu päätelmä on todennäköinen tiedettyjen faktojen perusteella, ei todistamaan, että se on tiedettävissä todennäköisten faktojen perusteella. Kun $p_1[R, Q]$ on maksimaalinen ja $p_1[S, R]$ keskitasolla, tämä tavoite saavutetaan, kun Q on annettu. R :stä tulee silloin täysin toteennäytetty, tiedetty fakta, jolle kestävä perustelu S :n bop-todennäköisyydelle voidaan rakentaa. Mutta jos $p_1[R, Q]$ on keskitasolla ja $p_1[S, R]$ maksimaalinen, S :ää ei ole tehty todennäköiseksi bop tiedettyjen faktojen perusteella, vaikka Q on annettu. Ja S :stä voidaan silloin sanoa vain, että sen paikkansapitävyys tiedettäisiin, jos R olisi varma eikä, kuten se nyt on, pelkästään todennäköinen.¹⁷⁹⁶

Omana huomautuksena tuon esiin, että Cohen viimeisessä kappaleessa esittää merkittävän yleispätevän säännön, jonka tavallaan pitäisi olla itsestäänselvyys. Alemmilta portailta ei välity mitään näytön transitiivista eli siirtyvää ylijäämää, vaan päinvastoin siellä ei käy laatuun muu kuin lähes varma näyttö. Edellä ketjussa ei saa olla heikkoja lenkkejä. Viimeisellä ”solmulla” voi olla se standardi, mikä sille seikalle tai seikastolle kynnyksenä on, ja se voi olla aiempia alempi. Toisin sanoen ketjun aikaisempien lenkkien tulee olla lähes varmoja, viimeinen voi olla tilanteen mukaan esimerkiksi todennäköinen – ks. Cohenin iskulause: todistusharkinnassa ei etsitä varmaa ratkaisua todennäköisesti oikeiden seikkojen avulla, vaan todennäköisesti oikeaa ratkaisua varmojen seikkojen perusteella.

Negaation ongelman osalta Cohen tiivistä matemaattisen teorian ongelmaksi, että se sallii virallisesti vakavasti otettavan todennäköisyyden sille, että häviäjä

¹⁷⁹⁵ Cohen 1977, s. 268 – 269. Kursivointi tässä JR.

¹⁷⁹⁶ Cohen 1977, s. 269. Cohen huomauttaa vielä alaviitteessä 3: ”Tietysti, jos R loogisesti implikoi S :n, silloin induktiivisen todennäköisyyden seurausperiaate takaa, että jos $p[R, Q] \geq i$, silloin $p_1[S, Q] \geq i$. Mutta tästä ei seuraa, että kun R loogisesti implikoi S :n, todistajan, joka kertoo totuuden R :stä, voidaan myös kuvata ker- tovan totuuden S :stä, koska todistajien loogisten implikaatioiden käsityskyky voi huomattavasti vaihdella.”

pääsee voittamaan, vaikka kaikki näyttö on oikeaa, kaikki relevantit seikat on esitetty oikeudelle eikä mikään yleisesti hyväksytty uskomus ole harhaluulo.¹⁷⁹⁷

Cohen lausuu, että jos todennäköisyys, jota näyttötuomarit yrittävät punnita, on induktiivinen eikä matemaattinen, ongelma häviää tykkäänään. Koska induktiivisen todennäköisyyden negatioperiaate ei ole komplementaarinen, kantajan kanteen saavuttama todennäköisyyden aste ei poikkea käänteisesti vastaajan vastaavasti saavuttamasta asteesta. Jos todennäköisyyden vaa'an on sanottu kääntyneen kantajan hyväksi siinä ja siinä määrin, vastapuolta se koskee vain sikäli, että vaaka on kallistunut sen haitaksi. Olipa esitettyjen tosiseikkojen pohjalta olemassa hyvin iso, huomattava tai vain kohtuullinen induktiivinen todennäköisyys siitä, että kantajan kanne on tosi, häviäjällä voi olla vain induktiivinen todennäköisyys nolla puolellaan. Induktivistisen tulkinnan mukaan asianosaiset ottavat osaa esitystensä painoarvosta kilpailemiseen, ”kuten sopii angloamerikkalaiselle adversiaaliselle järjestelmälle”, eikä jutun aineiston määrätyn painon jakamiseen. Kantaja voi voittaa suuremmalla tai pienemmällä marginaalilla, mutta jos hän oikeudessa voittaa kaikki tosiseikkaväitteensä, vastaaja pelkästään häviää. Niinpä mitään vääryyttä ei virallisesti hyväksytty sallimalla näyttö bop.¹⁷⁹⁸

Rodeomieskin selviytyy. Induktiivisen tulkinnan mukaan ei häntä vastaan voida aiemmin kuvatuissa olosuhteissa menestyksellä ajaa kannetta. Jos nimenomaisesti *häntä* vastaan ei ole näyttöä, häneen ei voida soveltaa mitään induktiivisesti tuettua yleistystä, josta voitaisiin päätellä, että hän ei ollut maksanut pääsymaksuaan. Sen perustelemiseksi, miksi häntä vastaan ei voitaisi menestyä, ei tarvitse turvautua mihinkään *ad hoc* -strategiaan eikä postuloida oikeussääntöä, joka määrää jonkin erityisen todistuskeinokiellon, kuten tilastonäytön kiellettävyyden suhteessa dispositiivisiin toimiin. Asian ydin on siinä, ettei tätä nimenomaista henkilöä vastaan ole olemassa induktiivista näyttöä. Niinpä jos kysymys on induktiivisista todennäköisyyksistä, voidaan aivan yksinkertaisesti sanoa, ettei häntä vastaan ole näyttöä, Cohen sanoo.¹⁷⁹⁹

1797 Cohen 1977, s. 272 – 273.

1798 Cohen 1977, s. 270.

1799 Cohen 1977, s. 271. Vrt. Strandberg 2012, s. 589 – 590: käsitellessään Cohenin suhdetta näytön robustiuteen Strandberg tuntuu hieman paheksuvan sitä, että tässä Cohenin ratkaisussa operatiivisesti katsoen ”ko-ker dette dermed ned til et prinsipp om individualisering, som senere er utviklet av Stein”. Periaate on ”et viktig prinsipp, men det har et snevert bruksområde”. Strandberg huomauttaa, että aina kun induktiivinen todennäköisyys on suurempi kuin nolla, (Cohenin induktiiviselle teorialle olennainen) täydellisyysaste on merkityksetön. Vielä Strandbergin mielestä ”vaikuttaa siltä, että Cohen paradoksin ratkaisussaan aliarvioi tiettyjä moraalisia argumentteja” – ja että ”induktiivinen metodi tuottaa ratkaisuja, joilta ei vain puutu moraaliteoreettista ankkurointia, vaan jotka ovat suoranaisesti ristiriidassa niiden moraalisten perusteiden kanssa, joiden tulee leimata ratkaisua”. Ainoana esimerkkinä Strandberg tarjoaa todisteiden hävittämisen osana asianosaisten todistelukäyttäytymistä (bevisatferd). En kuitenkaan saa tätä sovitetuksi rodeo-paradoksiin – joka tosin tässä esiintyy jalkapallo-otteluna.

Brd-näytön ongelma rikosjutuissa taas liittyi siihen, että johtopäätöksen riittävän varmaksi katsomisen estää se, että on olemassa tietty, määriteltävissä oleva syy epäillä johtopäätöstä ("pälyilevän käytöksen ongelma").

Cohen katsoo, että induktiivista todennäköisyyttä sovellettaessa epäilyksen perusteiden ja varmuuden poissaolon keskinäinen riippuvaisuus tulee arvioituksi oikeansuuntaisesti. Jos $p_1[S,R]$ ei ole maksimaalinen, syynä täytyy olla se, että yleistyksellä, jonka mukaan toivottu johtopäätös, S , voidaan johtaa R :stä, ei ole täyttä induktiivista tukea:

"Tämä vuorostaan implikoi, että yleistys ei ole kvalifioitu suhteessa kaikkiin relevantteihin muuttujiin tavalla, joka varmistaisi, että se estäisi virheellisuuden. Toisin sanoen on olemassa jokin relevantti muuttuja v , niin että joko R jättää auki, mikä v :n variantti on todellisuudessa käsillä tilanteessa, jossa ainakin yksi variantti olisi epäsuotuisa vedotun yleistyksen sovellettavuudelle, tai ehkä R itse sanoo jonkin erityisen, tehokkaana säilyneen epäsuotuisen v :n variantin. Esimerkiksi tuomioistuimelle esitetyt faktat eivät ehkä riitä näyttämään toteen, oliko vastaajalla motiivi hänen tekemäkseen väitettyyn murhaan. Ehkä syyttäjän todistajalla on kautta koko kertomuksensa ajan pälyilevä käytös ja hän antaa vastakuulustelussa vältteleviä vastauksia, niin että yksi syyttäjän pääväitteistä näyttää virheelliseltä. Edellisessä tilanteessa asetelma on se, että $p_1[S,R]$ ei ole maksimaalinen, vaikka se on suurempi kuin nolla, jälkimmäisessä – ehkä – asetelma, että $p_1[S,R] = 0$. Kummassakaan tapauksessa ei päästä varmuuteen syyttömyydestä eli siihen, että $p_1[\text{ei-}S,R]$ on maksimaalinen. Mutta molemmissa tilanteissa perusteena epäillä S :n totuutta, kun R hyväksytään, ovat juuri ne tosiseikat, jotka pitävät $p_1[S,R]$:n varmuuden alapuolella, toisin sanoen ei tunnettua motiivia tai perättömän lausuman antanut todistaja."¹⁸⁰⁰

Cohen toistaa näkemyksensä, että käytännössä rikosjutun näytön arvioimisessa tarvitaan luettelo eri osatekijöistä, jotka kaikki on näytettävä toteen, ja eri ulospääsyteistä, jotka kaikki on saatava tukituiksi; tämä on voitava tehdä rikoksen jokaisen tunnusmerkistötekijän osalta, jos syyllisyys on näytettävä *brd*. Tämä luettelo on hänen mukaansa identtinen niitä seikkoja koskevan luettelon kanssa, jotka ovat relevantteja niiden yleistysten soveltamiselle, joihin on vedottu induktiivisesti varman johtopäätöksen saavuttamiseksi. Induktiivisen todennäköisyssporrastuksen erilliset asteet soveltuvat paljon paremmin rikosoikeudellisen syyllisyyden näyttämiseen kuin matemaattisen todennäköisyyden jatkumo.¹⁸⁰¹

¹⁸⁰⁰ Cohen 1977, s. 272 – 273.

¹⁸⁰¹ Cohen 1977, s. 273. Cohen esittää varauman, että vaikka näyttöä arvioidaan parhailla mahdollisilla standardeilla, nämä standardit voivat hyvinkin olla riittämättömiä. "Se induktiivinen tukifunktio, joka epistemologisesti lähtökohdasta arvioidaan parhaaksi, voi silti olla ontologisesti virheellinen. Erityisesti ei ehkä tiedetä kaikkia induktiivisesti relevantteja muuttujia. Siten se, mikä näyttää induktiivisesti varmalta, ei ehkä ole induktiivisesti varmaa. Mutta rikostuomioistuimet edellyttävät vain, että enemmän epäilykset syytetyn syyllisyydestä olisivat kohtuuttomia, ja olettavasti kohtuullisuus tässä on määrättävä parhailla vallalla olevilla näytön standardeilla."

Kriteerin ongelma tarkoitti, että ”kaikki enemmän tunnetut menetelmät arvojen liittämiseksi matemaattisen todennäköisyyden funktioihin näyttävät periaatteessa epäsovivilta oikeudellisen näytön arvioimiseen. Matemaattinen analyysi olettaa mahdolliseksi sellaisen mittaustavan, joka tyydyttää tiettyjä melko rajoitettuja olosuhteita. Mutta se ei voi kuvata, miten tämä mittaustapa toimii edes periaatteessa saati käytännössä.”¹⁸⁰² Cohen katsoo, että induktiivisella analyysillä ei ole tässä vaikeuksia:

”Se olettaa ennalta vain, että kun valamies astuu toimeensa, hän on mieleltään jo aikuinen ja hänen mieleensä on varastoituna valtava määrä inhimillisiä yleistyksiä koskien ihmisten tekoja, asenteita, tarkoituksia ja niin edelleen ihmisen ympäristön tunnetummista piirteistä, ja vuorovaikutuksesta näiden kahden lajin tekijän välillä, samalla tietoisena monenlaisista seikoista, jotka suosivat tai eivät suosi kaikkien sellaisten yleistysten soveltamista. Ilman tätä informaatiovarastoa arkipäivässä hän voisi ymmärtää hyvin vähän naapureitaan, kollegojaan, liike-elämän kilpailijoitaan tai vaimoaan. Hän olisi suurissa vaikeuksissa selittääkseen heidän edellisiä tekojaan tai ennustaessaan tulevia tekoja. Mutta tässä informaatiossa hänellä on ainoa taustatiedon laji, jota hän käytännössä tarvitsee induktiivisten todennäköisyyksien arvioimiseen juryn huoneessa. Hänen ei ole ollut tarpeen hiljaisesti ravita itseään joukolla kvantitatiivisia tai numeerisia tilastotietoja tähän tarkoitukseen. Liioin hänen ei tarvitse implisiittisesti muistaa jotakin sofistikoitua matemaattista algoritmia tarkoituksenaan laskea todennäköisyyksiä datan perusteella. Väitetyn johtopäätöksen induktiivinen todennäköisyys tuomioistuimelle esitettyjen faktojen perusteella riippuu vain siitä, missä määrin faktat suosivat joitakin arkipäivän yleistyksiä, jotka yhdistävät ne johtopäätökseen.”¹⁸⁰³

”Kyllä valamiehet pystyvät olemaan eri mieltä arvioidessaan todennäköisyyttä, jolla väitetty johtopäätös on näytetty toteen riidattomien faktojen perusteella. Mutta heidän erimielisyytensä ainoan järkevän tulkinnan mukaan, ”when prejudice, personal sympathy, sectional spite, and other irrational factors *may be disregarded*”, erimielisyyden täytyy normaalisti johtua mielipide-eroista koskien niiden seikkojen laatua, jotka suosivat tai eivät suosi jonkin erityisen arkipäivän yleistyksen soveltamista. Arkipäivän pääoletukset ovat itsessään suuremmaksi osaksi liian olennainen osa kulttuuriamme, jotta niistä voisi vallita vakavampaa erimielisyyttä. Ne opitaan ja etuista kokemuksista tai opetetaan sananlaskuilla, myyteillä, legendoilla, kertomuksilla, kirjallisuudella, draamalla, vanhempien neuvoilla ja joukkotiedotusvälineillä. Kun ihmiset lakkasivat uskomasta, että ne, joilla oli tunneton alue ihossa, olivat kaupankäynnissä paholaisen kanssa, se oli oire suuresta kulttuurin muutoksesta.

1802 Cohen 1977, s. 273 – 274.

1803 Cohen 1977, s. 274 – 275.

Vastaavasti, niin kauan kuin valamiehet ovat syytetyn vertaisia (peers), on kohtuullinen mahdollisuus, että he ratkaisevat hänen juttunsa oikein, sillä jos he kuuluvat erilaiseen kulttuuriin, on todennäköisempää, että he arvioivat sen väärin vaikka yrittävät olla oikeudenmukaisia.¹⁸⁰⁴

Viimeisenä on *korroboraaation ja yhteisvaikutuksen vaikeus*, johon liittyy *a priori -todennäköisyyden ongelmallisuus*. Cohenin sanoin

”kun yksi todistaja korroboroi toista tai kun kaksi muuta todistetta vaikuttaa yhdessä, asianosaisen kanteen todennäköisyys voi huomattavasti kasvaa. Sopivassa ei-judisiaalisessa kontekstissa matemaattisen laskelman muodollinen rakenne takaa aivan adekvaattisesti, että korroboraaatio ja konvergenssi toteutuvat, oikeiden korroboroivien ja konvergoivien seikkojen riippumattomuuden olosuhteissa. Mutta se pääsee tähän varmuuteen sen kustannuksella, että se olettaa todistettavalle väitteelle suuremman alkuperäistodennäköisyyden kuin nolla, ja se edellyttää, että on otettava huomioon tämän a priori -todennäköisyyden taso arvioitaessa väitteen a posteriori -todennäköisyyden todistusvoimaa – väitteen todennäköisyyttä esitetyn näytön perusteella.¹⁸⁰⁵

Cohen toteaa, että matemaattinen korroboraaation ja yhteisvaikutuksen analyysi johtaa vakavaan paradoksiin: se implikoi, ettei olisi mitään luontaisesti sopimatonta siinä, että tuomari opastaa juryään selvittämään itse (koska sitä ei esitettäisi todisteilla), mitkä kriminologiset ja demografiset faktat määräävät syytetyn syyllisyyden a priori -todennäköisyyden. Kuitenkin juryjä jatkuvasti kehoitetaan perustamaan ratkaistunsa pelkästään niihin relevantteihin seikkoihin, jotka esitetään todisteina, sekä niihin joita tuomari pitää notorisina tai jotka vastapuoli tunnustaa oikeaksi.¹⁸⁰⁶

Induktivistisesta analyysistä seuraa Cohenin mukaan, että korroboraaatio ja konvergenssi ilmenevät vain kahtena eri tapana, joilla induktiivisesti relevantit seikat lisäävät todennäköisyyksiä. Todistajankertomuksen totuudellisuuden eräs relevantti muuttuja on kertomuksen koherenssi muun todistelun kanssa. Voimakas yhtäpitävyys lisää kertomuksen totuudellisuutta, ja voimakas ristiriitaisuus lisää sen paikkansapitämättömyyttä. Vastaavasti se, miten hyvä tilaisuus tekijällä on ollut tekoon, on eräs relevantti muuttuja yleistykselle, että jokainen, jolla on motiivi henkilön surmaamiseen, pyrkii surmaamaan tämän. Arvioitaessa induktiivista todennäköisyyttä sille, että tietty henkilö, jolla oli motiivi

1804 Cohen 1977, s. 275. Olen kursivoinut Cohenin sanat ”may be disregarded”, koska viittaa niihin jäljempänä. Cohen selittää s. 275 – 276 vielä valamiehISTÖN mahdollisia erimielisyyksiä ja vastaa esittämänsä kritiikkiin siitä, ettei Carnapin range-teoreettinen ajattelutapa ole sovelias.

1805 Cohen 1977, s. 277 – 278.

1806 Cohen 1977, s. 277.

surmata uhri, oli todellisuudessa surmaaja, eräs relevanteista todennäköisyyttä lisäävistä seikoista on se, että tällä henkilöllä oli hyvä tilaisuus tehdä rikos.¹⁸⁰⁷

Cohen esittää kaavoja käyttäen, että korroboraatio ja konvergenssi ovat ymmärrettävissä induktiivisen todennäköisyyden teorian puitteissa. Ne ovat vain kaksi eri tapaa, joilla relevanttien seikkojen suosiollisuus korottaa induktiivisia todennäköisyyksiä, ja korroboraatiolle ja konvergenssille välttämättömät riippumattomuuden ehdot tulevat relevanttien variaabelien metodin välttämättömistä ehdoista – mikä on luonteenomainen metodi arvioida induktiivista tukea ja induktiivista todennäköisyyttä.¹⁸⁰⁸ Cohen katsoo, että tähän asti induktivistinen analyysi on pärjännyt ainakin yhtä hyvin kuin matemaattinen, mutta a priorin kohdalla se pärjää paljon paremmin.¹⁸⁰⁹

”Induktivistinen analyysi ei vaadi, että tavoitellun johtopäätöksen S a priori -todennäköisyyden pitäisi olla suurempi kuin nolla, jotta R_2 kykenisi nostamaan S:n todennäköisyyttä, joka sillä on R_1 :n perusteella.¹⁸¹⁰ Niinpä induktivistinen analyysi sallii juryn olla täysin avoimin mielin alussa kaikkiin seikkoihin nähden, jotka saattavat vaikuttaa syytetyn syyllisyyteen. Kaikkien sellaisten kysymysten kohdalla, Q, jury voi alussa hyväksyä että $p_1[Q] = 0$, koska tämä ilmaisee, ettei ole priori-induktiivisia perusteita uskoa että Q sen paremmin kuin olisi – toisin kuin $p_m[Q] = 0$ mukaan – olevan olemassa priori-perusteita uskoa että ei-Q.”

Cohen toteaa lopuksi, että jos oikeudellisen näytön standardeita analysoidaan induktiivisen todennäköisyyden avulla, ei kohdata niitä suurimpia vaikeuksia, jotka jarruttavat matemaattista analyysiä. ”Lisäksi kaikkien näiden vaikeuksien synty on nyt ilmeinen. Ne aiheutuvat siitä, että yritetään liittää tietty induktiivisen (baconiaanisen) todennäköiseksi tekemisen malli matemaattiseen (pascaliaaniseen) kaavaan. Mutta jos angloamerikkalaisissa tuomioistuimissa faktatodistelu on konstruoitu ensisijaisesti induktiivisten todennäköisyyksien avulla, ei vain ole mahdollista esittää niistä täysin tyydyttävää kuvausta matemaattisten todennäköisyyksien avulla. Sillä ...induktiivisen todennäköisyyden periaatteet ovat olennaisesti vastustuskykyisiä liittämislle matemaattisten kaavojen teoreemoihin. Niinpä sellaisen liittämisen yritys juridisen näytön kohdalla väistämättä luo anomalioita, paradokseja ad hoc salajuonia tai muita teoreettisen sopeutumattomuuden ilmenemisiä.”¹⁸¹¹

1807 Cohen 1977, s. 278 -279.

1808 Cohen 1977, s. 280.

1809 Cohen 1977, s. 280 – 281.

1810 Cohen viittaa tässä teoksensa sivulle 220 (oikeammin ehkä 220 – 224), jossa hän on todistanut väitteen.

1811 Cohen 1977, s. 281.

11.1.6 Cohenin seuraajista ja kritikoista

Diesen hyödynsi Cohenin induktiivista teoriaa rakentaessaan jäljempänä tarkemmin esiteltävää hypoteesimetodiaan.¹⁸¹² Diesen kehitteli myös näytön robustiuteen liittyviä kysymyksenasetteluja. Irrottautuen niin Ekelöfistä kuin Bomanistakin ja kulkien Lindellin ja Cohenin kautta¹⁸¹³ hän toi esiin, että robustiuden ja näytön arviointi ovat kaksi eri asiaa ja että edellisessä on kysymys selvityksen määrästä, jälkimmäisessä näytön laadusta.¹⁸¹⁴ Määrä ja laatu ovat kuitenkin jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään (”i kontinuerligt samspel”).¹⁸¹⁵ Diesen katsoi Cohenin esitysten ongelmaksi sen, että tämä on pitänyt silmällä lähinnä vakavimpia rikoksia, kun taas mallin tulee soveltua myös lievempiin rikoksiin.¹⁸¹⁶

Jokela lausuu kannattavansa ensisijaisesti induktiivista metodia, joskaan hän ei halua kiistää muiden teorioiden merkitystä todistusharkinnassa; hänen mukaansa yleisesti ottaen kaikki (hänen kuvaamansa) mallit tarjoavat eväitä tuomarin todistusharkintaan sekä todistusratkaisujen rationaaliseen ja kontrolloitavissa olevaan perustelemiseen. Jokela perustelee induktiivisen teorian valintaansa muun ohella ensinnäkin sillä, että pelkkä intuitio todistusharkinnan selitysmallina on hänen mukaansa hylättävä. Toiseksi, induktiivinen metodi kuvaa käytännön todistusharkintaa paremmin kuin niin sanotut frekvenssiteoriat ja tarjoaa samalla rationaalisen ja yleispätevän selitysmallin yksittäisten todisteiden näyttöarvon määrittelylle. Kolmanneksi, induktiivinen metodi on hypoteesimetodia kattavampi, koska se soveltuu sekä riita- että rikosasioihin.¹⁸¹⁷

Strandbakken katsoo toisaalta, että Diesenin hypoteesiteoria täyttää ne vaatimukset, jotka todistusteorialle täytyy asettaa, ja toisaalta, että rikosjuttujen todistusharkinnan tulee pohjautua induktiiviseen metodiin. Hän korostaa kuitenkin myös muiden teorioiden tärkeiden elementtien huomioon ottamista; ”Bevisbedømmelsen vil aldrig kunna reduseres til en matematisk sannsynlighetsberegning, men må ses i lys av at det er tale om en psykologisk erkjennelseprosess. Subjektive fordommer og referansedammer vil aldri kunne være fundamentet for en dom. Bevisbedømmelsen må heller ikke bygge på ren intuisjon eller ureflekterte helhetsbetraktninger.”¹⁸¹⁸

1812 Jokela 2015, s. 329 katsoo jopa, että Diesenin hypoteesimetodi on rikosasioihin kehitetty sovellus Cohenin induktiivisesta metodista. – Samoin Strandbakken 2003, s. 242 toteaa, että Diesenin teoria pohjautuu suuressa määrin Cohenin perusrakenteelle.

1813 Diesen 1994, s. 100 – 101.

1814 Diesen 1994, s. 109 – 114.

1815 Diesen 1994, s. 112 alaviite 75 ja s. 111.

1816 Diesen 1994, s. 102.

1817 Jokela 2015, s. 330.

1818 Strandbakken 2003, s. 242 – 245.

11.1.7 Strandbergin tarkempia kommentteja induktiivisesta teoriasta

Strandberg toteaa, että induktiivisuus tulee i :stä ja n :stä: ”Juuri suhde $i:n$ ja $n:n$ välillä tekee todennäköisyydet aidosti induktiivisiksi, so. asteittaa *induktiivista etäisyyttä, välimatkaa* toisaalta niiden todisteiden, joille johtopäätös perustuu, ja toisaalta totaalisen relevantin todisteiden joukon välillä”.¹⁸¹⁹

Toisin kuin perinteiset todennäköisyyden asteet, induktiivisen todennäköisyyden aste ilmoittaa myös sen, miten suuri aste evidentialaista täydellisyyttä on käsillä tosiseikkaväitteelle, kun tietyt todisteet on annettu. Täydellisyys kasvaa joka kerran, kun i lähestyy n :ää. Tämä täydellisyysaste on Strandbergin arvion mukaan jossain määrin Keynesin weight-käsitteen kaltainen, tarkemmin sanoen informatiivisuuden asteittamisena.¹⁸²⁰ Tämän operationalisointi Cohenilla lähtee siitä, että jokainen yleistys (tummat pilvet tietävät sadetta) edellyttää jonkin normaalisuusoletuksen muotoa (de ceteris paribus -olettama), siinä mielessä, että jos kaikki muut tekijät kuin pilvien tummuus ovat tavallisessa muodossaan, niin tämä viittaa siihen, että tulee sade. Aina kun todistelutilanne tulee rikkaammaksi informaatiosta, tarve käyttää tällaista normaalisuusoletusta täyteenä vähenee. Täydellisyysaste on siten kääntäen suhteellinen normaalisuusoletukselle. Ja siten induktiivinen todennäköisyys kattaa myös täydellisyysasteen, todennäköisyysaste kasvaa aina kun informaatiopohja suurenee, niin kauan kuin tosiseikkapohjaa ei falsifioi jokin testi, jolle informaatiopohja antaa perustan.¹⁸²¹

Induktiivinen todennäköisyys eroaa perinteisestä myös siinä, että sitä ei koskaan voida ilmaista prosentteina tai desimaaleina. Tämä johtuu teorian omista ominaisuuksista: on periaatteessa mahdotonta ilmaista induktiivinen todennäköisyys 80 %:na tai 0.8:na.¹⁸²² Myös todennäköisyyden laskemis- tai

1819 Strandberg 2012, s. 148.

1820 Strandberg viittaa Coheniin 1977, s. 211 – 213.

1821 Strandberg 2012, s. 149.

1822 Strandberg 2012, s. 149 – 150. Alaviitteessä 662 s. 150 hän antaa moitteet Lindellille 1987, s. 354 alkaen siitä, että tämä useissa kohdin liittää induktiiviseen todennäköisyyteen lukarvoja. Ne ovat ”sellaisenaan harhaanjohtavia, ja saavat aikaan sen, että monet muut Cohenin teorian näkökohdat (mm. suhde robustiuteen) tulevat kuvatuiksi harhaanjohtavasti.” – Lindell käsittelee tuossa kohdassa s. 354 alkaen Cohenia robustiuden näkökulmasta (samalla Keynesin ”informaatio-ongelmaa”). Cohen puhuu siitä sivuillaan 212 alkaen. Lukuarvojen liittäminen on tosiaan Lindellin omaa panosta. Lindell kirjoittaa näin: ”Cohen tarkoittaa siis, että oikeuden tulee, kun se arvioi näyttöä, yrittää tehdä arvio siitä, miten suuren osan koko todistusaineistosta käsillä oleva osa muodostaa, ja tehdä siten tässä myös ”normaalisuusoletama”. Todistusarvo tulee siten vaihtelevaan riippuen siitä, minkä sisällön normaalisuusoletama saa. Teoria merkitsee muun muassa sitä, että jos todistusaineikan arvo arvioidaan 0.8:ksi, olemme vain pienen matkan päässä absoluuttisesta varmuudesta. 0.8:n arvohan on määrätty ottamalla huomioon, että relevanttia informaatiota voi puuttua ja että normaalisuusoletama gradeeraa numerollisesti tämän (oletetun) puutteen merkityksen. Teemametodin mukaan oikeus yrittää sen sijaan arvioida teeman todennäköisyyden esitetyn aineiston perusteella, ja esitetyn aineiston oletetaan edelleen muodostavan koko todistusaineiston. Se, että teeman todennäköisyys on 0.8, ei tällöin tarkoita sitä, että olemme askeleen päässä absoluuttisesta varmuudesta, vaan että esitetyn näytön perusteella arvioimme teeman todennäköisyydeksi 0.8. Kun esitetyn aineiston oletetaan olevan täydellinen, seurauksena on, että voimme loogisena seurauksena tehdä johtopäätöksen, että teeman epätodennäköisyys on 0.2.” Lindell viittaa tässä Coheniin 1977, s. 216.

arviointisäännöt eroavat Cohenilla perinteisestä todennäköisyysteoriasta. Cohenilla on Strandbergin mielestä epätavallisinta ja ristiriitaisinta, että hän ei käsitä todennäköisyyskäsitettä pelkästään semanttisesti monimerkityksisenä, vaan myös *rakenteellisesti monimerkityksisenä*.¹⁸²³ Cohen selvittää rakenne-eroja tekemällä eron matemaattisen ja induktiivisen todennäköisyyden välille: edellisen rakenne on perinteinen todennäköisyysteorian rakenne, toisin sanoen sen aste määrätään standardityyppisestä todennäköisyyslaskelmasta negaation, kertolaskun ja yhteenlaskun avulla. Nämä aksioomat eivät ole voimassa induktiivisessa todennäköisyydessä, vaan sillä on toisia sääntöjä, Strandberg toteaa. Tällä on hänen mukaansa enemmän välittömiä vaikutuksia todistusharkinnalle kuin todennäköisyysteorioiden välisillä poikkeamilla yleensä on, mikä johtuu siitä, että rakenne-erot suoraan koskevat tapoja, joilla todennäköisyyksiä arvioidaan ja siten tapoja, joilla todisteita arvioidaan. Tämä on siten tärkein peruste sille, että induktiivinen metodi on oma todistusharkintametodi ja oma näyttökynnysmetodi.

Strandberg käy vielä sääntöjen eroja läpi.¹⁸²⁴ Negaatiosääntö on erilainen. Jos mitään testejä x :lle ei ole tehty, x :n todennäköisyys on aina nolla. Tämä johtuu siitä, että hypoteesin todennäköisyyden määrää se, miten monta testiä se on läpäissyt. Jos x eikä $ei-x$ ole käynyt läpi yhtään testiä, molempien todennäköisyys on 0. Alkuperäistodennäköisyys on siten aina 0, ”samalla tavalla kuin todistusarvometodissa”. Tässä tilanteessa nollapiste symbolisoi – erona perinteisestä todennäköisyysteoriasta – *näytön poissaoloa*, puuttumista, eikä sitä, että hypoteesi on vastanäytöllä kumottu.¹⁸²⁵ Mutta tavallisen todennäköisyysteorian negaatiosääntö ei ole voimassa silloinkaan, kun joitakin testejä on tehty. Jos x :n induktiivinen todennäköisyys on suurempi kuin 0, $ei-x$:n todennäköisyys on aina 0, sillä x :ää ei ole falsifioitu, mutta ainakin yksi testi on falsifioinut $ei-x$:n. Tuo 0 voi siis tarkoittaa joko sitä, että hypoteesi ei ole käynyt yhtään testiä läpi tai että yksi tai useampi testi on falsifioinut sen. Siten 0-piste tarkoittaa sekä näytön poissaoloa, puuttumista, että sitä, että hypoteesi on kumottu vastanäytöllä. Tämä negaatiosääntö on tärkeä perusta sille, että induktiiviset todennäköisyydet – erona perinteisistä todennäköisyyksistä – ovat suhteessa siihen informaatiojoukkoon, jolle väite rakentuu.¹⁸²⁶

Pascaliaaninen kertolaskusääntökään ei päde. Ensinnäkään se ei koske useiden välttämättömien oikeustosisekkujen suhdetta. Induktiivisen metodin

1823 Strandberg 2012, s. 150 viittaa Coheniin 1977, s. 40. Kursivointi Strandbergin.

1824 Strandberg 2012, s. 150 – 151.

1825 Strandberg 2012, s. 150 viittaa alaviitteessä 669 Schumiin 1994, s. 252: ”Baconiaaninen todennäköisyys o viittaa yksinkertaisesti näytön puuttumiseen H :sta eikä disproof of H -tilanteeseen, kuten pascaliaanisisessa todennäköisyydessä ($P(H|E^*) = 0$).” Strandbergin mukaan paralleeli tälle on, tosin psykologisella tasolla, ero nonbeliefin ja disbeliefin välillä.

1826 Strandberg 2012, s. 151 viittaa Coheniin 1977, s. 33 ja 211 – 213 sekä Dieseniin 1992, s. 409 – 410.

mukaan useiden välttämättömien oikeustositseikkojen todennäköisyys ei koskaan ole pienempi kuin vähiten todennäköisen oikeustositseikan.¹⁸²⁷ Toiseksi, se ei päde useiden todisteiden eikä ketjuun yhden todisteen useiden portaiden välillä. Metodi poikeaa siten myös todistusarvometodista, joka käyttää kertolaskusääntöä ketjutodistelussa. Induktiivisessa metodissa testit tehdään todistusketjun jokaista elementtiä vasten erikseen, mutta sillä tavalla, että yksittäisten portaiden todennäköisyyksiä ei yhdistetä keskenään.¹⁸²⁸ Yhteenlaskusääntö ei myöskään päde. Vaihtoehtoisten oikeustositseikkojen todennäköisyys vastaa sen oikeustositseikan todennäköisyyttä, joka on läpäissyt useita testejä, eli niin sanottu *maksimointisääntö* on voimassa yhteenlaskusäännön sijasta.¹⁸²⁹

11.1.8 Omaa arviointia Cohenin teoriasta

Riippumatta siitä, miten suhtaudutaan Cohenin omaan induktiiviseen teoriaan, on mielestäni aiheellista panna painoa hänen merkittäville havainnoilleen matemaattisten teorioiden ongelmista. Kun tosiseikan todennäköisyys nähdään, kuten edellä tietoa yleensä koskevassa jaksossa on tehty, seikan paikkansapitävyyden varmuuden asteena, ajattelun taustalla ovat frekvenssit, haluttiin tätä tai ei. Harvoin frekvenssi perustuu luonnontieteellisiin kokeisiin, sitäkin useammin yleiseen elämäkokemukseen asioiden ja ilmiöiden keskinäisistä riippuvaisuus- ja kausaalisuhteista. Asteiksi tai numeraalisiksi arvoiksi tiivistetty todennäköisyysajattelu hallitsee myös useimpia pohjoismaisia ja suomalaisia todistusharkintateorioita: tunnetuimmat meilläkin ovat Ekelöfin opit ja teema- ja todistusarvoteorioiden erittelyt. Myös övervikt-teoria perustuu olennaisesti matemaattiseen ajatteluun. Teemaperiaate käyttää yksipuolista, komplementaarista todennäköisyysasteikkoa.

Mitä Cohenin esittämään ensimmäiseen pulmakysymykseen eli konjunktio-ongelmiin tulee, on mielestäni ajatuksia herättävä se perustelu, jolla hän torjuu matemaattisen teorian periaatteen, että kokonaisratkaisun todennäköisyyttä tulee arvioida kertomalla sen osatekijöiden todennäköisyydet keskenään. On vaikea sanoa, miten matemaattisesti maailman tuomarikunta yleensä miettii todistusharkintaa suorittaessaan, mutta kohtuullinen oletus on, että ainakin övervikt- eli pob-tyyppisessä 50 – 50 ajattelussa tällaista pohdintaa tehdään – sitähan edellyttää meillä jo rikosjutun dolus eventualiksen toteaminen. Mutta punnitaanko kaikkien oikeustositseikkojen todennäköisyyksiä tai todistusvoimia todella keskenään, kuten Cohenin ensimmäisen pulmakysymyksen yhteydessä

1827 Ks. Cohen 1977, s. 168 – 169, sekä Cohen 1989, s. 158, joihin Strandberg 2012, s. 151 viittaa alaviitteessä 675.

1828 Strandberg 2012, s. 151 viittaa Coheniin 1977, s. 267 – 269, joilla tämä käsittelee sitä, miten induktiivinen teoria käsittelee päättelystä päättelyn ongelmaa. Jos ymmärrän oikein, Strandberg tarkoittaa yksinkertaisesti tosiseikkojen todennäköisyyksiä sekä vertikaalisesti että (oikeustositseikkojen osalta) horisontaalisesti.

1829 Strandberg 2012, s. 151. Kursivointi Strandbergin.

esittämän mukaan tulee tehdä? Tämä on sama kysymys, jota käsittelen pohjoismaisena debatin aiheena – ja josta Lindell on ollut sitä mieltä, että ne tulee kertoa keskenään. Ei liene kuitenkaan epärealistista uskoa, että tässä matematiikka häviää kuvioista. Kuitenkin, jos tarkoitus on soveltaa matemaattista metodia, kertolasku tulisi tehdä. Jos kerrottaisiin, olisiko tulos musertava?

Toisaalta, jos ajatellaan Cohenin rikosoikeudellista esimerkkiä, voidaan kysyä, mitä oikeustositseikkojen kertolaskulla voitetaan. Jos hänen mainitsemansa kolme seikkaa on kukin oman kynnöksensä ylittävästi todistettu, mitä puuttuu? Luonnollisesti lopullinen tuomio on kokonaisarvio tosiseikoista, mutta mitä tekemistä kertolaskulla enää tässä on – sekö vain, että lähtökohdat ovat olleet *matemaattisia* todennäköisyyksiä? – Tähän kriitikko kaiketi vastaisi (ja olisi mielestäni oikeassa), että jos meillä on kolme seikkaa $f_{1...3}$, joista yksikään ei ole ”varma”, ei seikaston lopputuloksen varmuusaste – minkä selville saaminen on juuri kertolaskun peruste – ainakaan kasva, jos sitä rasittaa yhden epävarmuuden sijasta kolme epävarmuutta, se päinvastoin pienenee. Cohen tukkii kiusallisesti myös matemaatikon pakotiet.

Niin tai näin, mielestäni Cohenin vastaus ensimmäiseen kysymykseen on pätevä: matemaattinen teoria ei käy todistusteoriaksi. Mutta lakaistaanko tällä jo koko pascaliaaninen koulukunta maton alle? Ainakin väliaikaisesti ongelmasta voisi kuvitella selvittävän selittämällä, että lopputulokseen voi soveltaa induktiivista metodia, niin välttää sen osalta kertolaskulta.

Päätellystä päättelyn ongelma lienee yleisesti relevantti, sillä käsittääkseni se ei rajoitu yksin matemaattiseen teoriaan, vaan kattaa esimerkiksi todennäköisyyksien tai painoarvojen sanalliset ilmaisut. Kysymys on pohjoismaista terminologiaa käyttäen todistustositseikkojen konjunktioista eli ketjutodistelusta ”aidon” kausaalisen tai loogisen ketjun mielessä, ei saman todisteen ja jopa todistustositseikan eri elämänvaiheiden mielessä. Tässäkin matemaattisen teorian mukaan olisi suoritettava kertolasku perättäisten todennäköisyyksien tai näyttöarvojen välillä. Mutta vaikka luovutaan matematiikasta, ei välttä kysymykseltä, mikä todennäköisyyden tai todistusvoiman aste kullakin portaalla olevalla todistustositseikalla on – sen vahvuuteen on kiinnitettävä huomiota. Cohen osoittaa todeksi sen muutoinkin rationaalisen periaatteen, että ketjussa aikaisempien lenkkien täytyy olla vahvoja brd-standardin mukaisia, vaikka viimeinen porras olisikin, esimerkiksi näyttökynnyksen määräämänä, ”vain” bop- eli övervikt-taso. Kuten hän sanoo, todistusharkinta ei ole varmojen johtopäätösten tekemistä todennäköisten tosiseikkojen pohjalta, vaan todennäköisten johtopäätösten tekemistä varmojen tosiseikkojen pohjalta.¹⁸³⁰

1830 Tätä havainnollistin kaavioilla: ei pidä olla brd -> bop -> brd -> bop-> bop, vaan brd -> brd -> brd -> brd -> bop.

Todistustosiseikkojen konjunktio on kirjallisuudessamme kuitattu vähällä. Dogmina on esitetty, että todistustaakka ja näyttökynnys eivät koske todistustosiseikkoja ja että ainoa vaatimus, joka voidaan todistustosiseikalle asettaa, on se, ettei sen todennäköisyys saa olla mitättömän pieni. Dogmin olen edellä pyrkinyt perustelemaan vääräksi, ja nyt on kysymys siitä, onko se pätemätön myös Cohenin esityksen kannalta.

Jos olen ymmärtänyt oikein, Cohenin tarkoitus on ollut osoittaa, että matemaattisen teorian mukaan kaikilla aikaisemmillä portailla olevien todistustosiseikkojen todennäköisyyden tulee olla ainakin 0.5 ja että todennäköisyys on transitiivinen, millä ymmärrän sitä, että jos se on jollakin kohden korkeampi, tämä todennäköisyyden vahvuus (ylijäämä?) voi siirtyä ketjussa eteenpäin. Ensin mainittu edellytys on järkeenkäypä, koska jos todistustosiseikkaa f koskevan väitteen vastakohta $1 - f$ olisi todennäköisempi kuin väite itse, ketju katkeaisi tässä. Tätä olen yrittänyt todistaa kritisoidessani Ekelöfin 'testamentti ja erikoinen lausuma' -esimerkkiä edellä.¹⁸³¹ Todennäköisyyden tai vahvuuden eteenpäin siirtyminen taas liittyynee enemmänkin siihen, että common law'n piirissä tuomioistuimet eivät Cohenin mukaan ole ainakaan täysin hyväksyneet tätä siirtymistä, transitiivisuutta – mikä osoittaisi, ettei matemaattista teoriaa sovelleta.

Jos Cohenin kritiikin valossa mietitään aikaisemmin esitettyä esimerkkiä kosteusvauriojutusta, jossa eräs komponentti on kosteussulun olemassaolo, mitä näyttötuomarille jäisi lopputulokseksi, jos hän etenisi käyttäen matemaattisen teorian polkuja? Luultavasti hän edellyttäisi aiemmilta portailta sitä, että väitetty todistustosiseikka on näytetty (ainakin) todennäköisemmäksi kuin sen negatio, jottei ketju katkeaisi. Tämä riittänee suomalaiselle tuomarille – todennäköisyyden siirtymisen merkitys jääköön auki. Meillä ei myöskään ole standardia, että aikaisemmilta portailta vaadittaisiin korotettua todennäköisyyden määrää (brd). Toisaalta, kun todistusharkinnassa ei anneta välitilinpäätöksiä, ei edes ketjun tosiasiallinen katkeaminen näy ulkoisissa prosessitapahtumissa – muuten kuin ehkä kasvaneena halukkuutena sovintoneuvotteluun. Asianmukaisesti laadituissa tuomion perusteluissa sen kyllä tulisi näkyä.

Matemaattinen ajattelu tekee joka tapauksessa palveluksen päättelyprosesille siinä, että se paljastaa, miten ohutta joidenkin portaiden tosiseikkoihin kohdistuva näyttö saattaa olla – eli miten horjuvilla savijalloilla päälle rakennettavat kerroksetkin saattavat tulla seisomaan, jos talovertausta käytetään.

Luonnollinen vastakritiikki on huomautus, että todistustosiasioden ketjun pituus on harkinnanvarainen: alakomponentteja voidaan yhdistää, jolloin lenkkien – eli portaiden – lukumäärä pienenee ja järkevään lopputulokseen pääseminen konjunktiossa kertolaskulla ei edellytä yhtä epärealistisen korkeita varmuuksia.

1831 Ks. edellä kohta "Ekelöfin kannan kritiikkiä" (5.9.2.3.2).

Esimerkiksi vuorovaikutus-ajattelun ideanahan on, että alkuvaiheessa teemat ovat suurempia kokonaisuuksia, ja ne tulevat pilkokuiksi pienemmiksi vasta prosessin kuluessa (ja Leppäsen esityksen mukaan vasta todistusharkinnassa, minkä ajatuksen olen edellä torjunut, jos se loukkaa kuulemisperiaatetta). Niiden tosiseikkojen sisältö, jotka muodostavat portaatt, ei kuitenkaan häviä minnekään – kovin monesta palasta koostuva kokonaisuus tulee vain vaikeammaksi hallita, ja jonkin osatekijän näytön heikkous saattaa jäädä rakenteen ja harkinnan monimutkaistuuksissa pimementoon.¹⁸³² Vuorovaikutusmallista huolimatta hyvän prosessaamisen tavoitteeseen käsittääkseni myös sopii tavoite, että kaikki teematkin ovat mahdollisuuksien mukaan tiedossa viimeistään valmistelun päätyttyä, koska tällöin myös preklusioportti sulkeutuu. – Merkitsisikö todistusharkinnassa tapahtuva hienojakoistuminen itse asiassa lisäportaiden rakentumista – eli kehitystä matemaattisesti arvioiden yhä mahdollottomampaan suuntaan?

Nyt kysymys on siis todistustositseikan paikkansapitävyyden todennäköisyydestä. Todennäköisyyden riittämättömyyttä ei korvaa seikan relevanssi eli toinen todisteen kredentiaali, todistusvoiman osatekijä. Vaikka tosiseikka olisi fundamentaalisen tärkeä, todennäköisyyttä se ei lisää. Lopputulokseksi jää, että näyttökynnys koskee myös todistustositseikkoja ja että eri portaiden todennäköisyyksiin on kiihnnitettävä huomiota, vaikka matematiikka unohdettaisiinkin.

Cohenin kolmas kysymys koski *negaation ongelmaa* siinä valossa, että se sallii häviäjän voittaa monissa tilanteissa, joissa tämän oikeastaan (oikeudenmukaisesti ajatellen) tulisi hävitä. Käsittääkseni Cohen tarkoittaa sillä, että vastaaja ei ”ansaitsisi” voittoa eli niitä tilanteita, joissa tämä voittaa, kun kantaja pystyy esittämään enintään 0.499:n määräisen todennäköisyyden kanteelleen. Tähän minulla ei ole sanansijaa.

Neljäs kysymys koski *brd-standardin ongelmaa* (”yhden seikan kalvavan epätietoisuuden ongelmaa”) tilanteessa, jossa matemaattinen teoria osoittaisi näyttökynnyksen jo ylittyneen. Tältäkin osalta Cohenin kritiikki on mielestäni aiheellista, ja hänen esittämänsä ”luettelo” johtaa ajatuksen suoraan hypoteesiteoriaan: kaikki hypoteesit – ”kalvavat seikat” – on noteerattava ja torjuttava, jotta varteenotettavaa epäilystä ei jää – tai sitten syyte on hylättävä.

Viides kysymys koski *kriteerien puuttumisen ongelmaa*; oikeastaan voisi olla valaisevampaa puhua yhteisten kriteerien puuttumisesta. Tämä on tärkeä kohta eikä se rajoitu todistusharkintaan – eikä edes oikeudenkäyntiin. Väite yhteisten kriteerien puuttumisesta pitää epäilemättä paikkansa: intersubjektiivisesti ei ole olemassa yhteisiä mittapuita, joilla voitaisiin antaa näytön todennäköisyydelle tai todistusarvolle sellaisia arvolukuja tai edes sanallisia luonnehdintoja, joiden

¹⁸³² Tätä kysymystä (epätodennäköisyys-kvootin säilyminen vai häviäminen) kaiketi osaksi tarkoittaa Björling 2017, s. 172 alaviitteessään 589 asettaessaan vastakkain Lindellin ja Lindblomin. Ks. siitä edellä jakso 5.10.7.

voitaisiin sanoa eri subjektien välillä vastaavan ainakaan riittävästi toisiaan.¹⁸³³ Common law'n piirissä ongelma on tullut näkyville niissä monenlaisissa variaatioissa, joilla tuomari on juryä todistusharkintaan evästänyt ja edellytettyä standardia kuvannut – ja jotka ovat tulleet muutoksenhaun kohteiksi, kun muutoksenhaku juryn ratkaisuun ei ole ollut mahdollinen. Suomessa tähän on törmätty konkreettisesti säädettäessä hovioikeuden velvollisuudesta toimittaa pääkäsittely. On nähdäkseni ollut jokseenkin turhaa käyttää kieltä siten, että velvollisuutta ei olisi, jos kysymys olisi ”vain näytöstä tehtävistä johtopäätöksistä”, ei todisteille alioikeudessa annetuista näyttöarvoista, joista hovioikeus siis voisi lähteä. Ei oikeusasteidenkaan välillä ole mitään yhteisiä mittoja tai vyöhykkeitä. Kun eri tuomareilla tai oikeusasteilla ei ole syvää yhteisymmärrystä todisteiden todennäköisyysarvoista, ei ainakaan matemaattisista mutta ei sanallisistakaan, ei ole pohjaa esimerkiksi ajattelulle, että ylempi oikeus voisi arvioida riitautettua näyttökysymystä alemman oikeuden tosiseikoille antamien näyttöarvojen mukaan.

Tämä on ainoa Cohenin kritiikin kohteista, jossa hän ei mielestäni onnistu täysin ”vetämään kuiville” induktiivista teoriaansa. Hän turvautuu, ehkä vanhemmantyyllisen common law -kirjallisuuden tapaan, hiukan yleviin ajatuksiin valamiehen oikeamielisyydestä. Samalla hän väistää kriittiset näkökohdat ennakkoluulojen ja perusteettomien asenteiden olemassaolosta (”may be disregarded”¹⁸³⁴), vaikka hän muissa yhteyksissä suhtautuu realistisesti siihen, mikä tuomioistuimille käytännössä on mahdollista ja mikä ei. Hänellä on vahva luottamus siihen, että valamies valitsee kokemussäännöt oikein ja soveltaa niitä sitten oikein.¹⁸³⁵

Kuudes kysymys käsitteli *henkilönäytön korroboraation ja muun näytön yhteisvaikutusta ja a priori -todennäköisyyttä lähtökohtana*. Notorinen seikka on, että voimakas yhtäpitävyys muun todistelun kanssa lisää todistajankertomuksen paikkansapitävyyden uskottavuutta, ja voimakas ristiriitaisuus taas lisää sen paikkansapitämättömyyden arviota. Mielestäni korroboraatio ilmiönä ja yhteisvaikutus eivät ole erityisen suuri ongelma, a priori on. Esitettyjä käsityksiä suhtautumisesta a priorin eli lähtökuopissa alkuperäistodennäköisyyteen olen

1833 Erilaisia mitta-asteikkoja käytetään esimerkiksi kriminalistiikan todennäköisyysarvioinneissa, mutta oikeudenkäynnissä arvioon vaikuttavat useat muuttujat, jotka hajottavat kokonaisuutta ja estävät muodostumasta samanlaista koherenssia kuin kriminalistiikan erityisalan asiantuntijoiden lausunnoissa. Noita muuttujia ovat esimerkiksi todisteen teema, todisteen sisältö ja arvioitsijan tiedot ja taidot. Myös mitta-asteikkojen vyöhykejako on usein tarkemmin sanallisesti selitetty.

1834 Cohen 1977, s. 275.

1835 Cohen 1977, s. 272 ottaa esille ainoastaan sen mahdollisuuden, että kokemussääntö on paikkansapitämätön. Hän ymmärtää kyllä hung juryn ongelman ja myöntää ensin, ”ettei hänen induktiivinen analyysinsä impliko, että jokaisella tavallisella kansalaisella on onnekaasti valmius harkita oikein mitä tahansa judisiaalista näyttöä, joka hänelle esitetään”, mutta saman tien hän ylistää (s. 275 – 276) analyysinsä siitä, että se selittää, ”miksi tavallinen kansalainen on pätevä harkitsemaan suurimman osan tästä näytöstä yhtä hyvin kuin kuka tahansa toinen, ja miksi siitä huolimatta erimielisyyksiä voi juryn huoneessa syntyä.”

käsitelty edellä. Toistan oman kantani, että Cohen on oikeilla linjoilla tuodessaan esiin a priori -todennäköisyyden syvän ongelman. Nähdäkseni koko käsitettä ei tarvittaisi muuna kuin varottavana ilmiönä. Etukäteistiedon olemassaolosta tuskin pääsee eroon, mutta sen mukaanottaminen on syytä tietoisesti torjua, ellei sitä käsitellä kontradiktorisesti tai tähän ainakin anneta tilaisuutta. Prosessinjohtoon tarvittava tekninen etukäteistieto on välttämätöntä, mutta se ei olekaan ratkaisuun vaikuttavaa aineellista tietoa.

11.1.9 Cohenin teorian käytännöllisestä soveltamisesta todistusharkintaan

Cohenin induktiivisen todennäköisyyden teoria voidaan esittää yleisenä todennäköisyysteorian muiden kaltaistensa teorioiden joukossa, kuten esimerkiksi Strandberg tekee ja kuten olen edellä yrittänyt itse hahmotella. Jos olen oikein ymmärtänyt, Cohenin viitatus tutkimuksen ”punainen lanka” oli kuitenkin selvittää teoriaa nimenomaan tuomioistuimen todistusharkinnan kannalta.

Cohenin todennäköisyysteoria todisteluun sovellettuna¹⁸³⁶ edellyttää kahdenlaista ”todistusharkintaa”: ensin kokemussäännön eli yleistyksen testaamista ja sen jälkeen (”varsinaisena” todistusharkintana) tosiseikkaväitteen paikkansapitävyyden testaamista. Käytännössä ensimmäinen vaihe kuitenkin tuskin aina toteutuu ja että, toisin kuin Strandberg antaa ymmärtää, ”hypoteesi” ei välttämättä ole lainkaan ”tieteellinen”. Loppujen lopuksi vaihe jäänee pois suurimmasta osasta harkintatilanteita. Sekä Cohenin että Strandbergin esitysten valossa jää itse asiassa aika hämäräksi, mitä ensimmäisen vaiheen testaamisessa käytännössä tapahtuu ja ennen kaikkea myös, *missä ja miten* se tapahtuu. Strandbergkin viittaa siihen, ettei Cohen kerro, miten tuo testaaminen tapahtuu – mutta ei hän itsekään sitä kyllä kerro. Tuskin se on ainakaan tieteellinen tai edes tieteellissävytteinen tapahtuma, ellei joissakin erityistä asiantuntemusta edellyttävissä jutuissa, joissa todistelu taas perustuu – paradoksaalista kyllä – herkästi frekvensseihin ja tilastomatematiikkaan. Ovatko sekä Cohen että Strandberg jääneet liiaksi kiinni tummat pilvet -> sade -esimerkkiinsä, jossa kokemussääntöä voidaan testata ja on varmaan testattukin hyvinkin tieteellisesti ja matematiikkaa käyttäen.

Todistusharkinnan voidaan käytännön toimintana määritellä sisältävän tosiseikkaväitteen paikkansapitävyyden arvioimisen, mutta siihen kuuluu välttämättömänä osana tietty kokemussääntö, jolla seikka ”vaikuttaa” – tosiseikalla ilman kokemussääntöä ei ole todistusvoimaa, kuten myös Cohen ja Strandberg

¹⁸³⁶ Ks. myös Cohen 1977, s. 249 konkreettista esimerkkiä.

näyttävät katsovan.¹⁸³⁷ Siten jo todistelumenettelyyn kuuluu sopivan kokemussäännön valitseminen ja tarjoaminen, ja todisteluun liittyy myös tuon kokemussäännön testaus, jos sääntö osoittautuu riitaiseksi. Mutta tämä testaus, jonka viimeinen vaihe tapahtuu todistusharkintana, on useimmiten kaikkea muuta kuin tieteellistä (ainakin luonnontieteellisessä mielessä) – ellei sitten sanota, että näyttötuomari tekee tiedettä.

11.2 Diesenin hypoteesimalli

11.2.1 Esittely

Diesen esitteli väitöskirjassaan¹⁸³⁸ niin sanotun hypoteesimallin tai vaihtoehtoisten hypoteesien mallin. Hän sovelsi siinä Cohenin induktiivisen todennäköisyyden mallia.¹⁸³⁹ Hän luonnehti hypoteesimallia ”pragmaattiseksi todistusharkintamalliksi” ja halusi sen toimivan, paitsi lopullisena näytön kontrollina päätösharkinnan yhteydessä, myös jutun selvittelyn strategiana aina sen valmistelusta lähtien. Diesen tunnusti, että kysymys ei ollut mistään uudesta asiasta eikä innovaatiosta, vaan yrityksestä antaa rakenne sille todistusharkinnan muodolle, jonka HD oli näytön harkinnan ongelmia koskevissa rikostuomioissaan tuolloin edeltäneiden 10–12 vuoden aikana tuonut esiin. Muutoksena vanhempaan käytäntöön oli tuolloin Diesenin mukaan ollut, että HD on alkanut arvioida näyttöä ”ei varteenotettavaa epäilystä” -näyttövaatimusta vasten, ja tämä negatiivisesti ilmaistu vaatimus synnyttää itsessään metodin, joka tarkoittaa *vaihtoehtoisten hypoteesien falsifointia*, vääriksi osoittamista. Jutun seikkojen avulla tuomioistuimien pyrkii ex officio asettamaan esille muita ajateltavissa olevia selityksiä kuin sen, mitä syyttäjät on teon kuvauksessaan esittänyt. Jos sellainen vaihtoehtoinen selitys voidaan konkretisoida, sen järkevyys voidaan arvioida. Ellei oikeus katso

1837 Strandberg 2012, s. 147: ”Todisteella on todistusarvoa, jos on olemassa kokemussääntö, joka sitoo sen todistusteemaan”); Cohen 1977, s. 203: ”The typical evidence for an inductive probability is not – as it is for inductive support – the results of experimental or observational tests on a generalization under suitably varied conditions. Instead it is the satisfaction of the antecedent of an appropriate generalization in a particular case covered by that generalization.”

1838 Diesenin väitöskirja Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål (Tukholma 1993) käsittelee syytetyn poissa ollessa annettua tuomiota ja todistusharkintaa. Hän toimitti tästä 700-sivuisesta järkäleestä eri kirjaksi rikosjutun todistusharkintaa koskevan osan, johon viittaukset tässä kohdistuvat. Tässä yhteydessä Diesen kehitti myös näytön robustiuteen liittyviä kysymyksenasetteluja. Irrottautuen niin Ekelöfistä kuin Bomanistakin ja kulkien Lindellin ja Cohenin kautta (s. 100 – 101) hän toi esiin, että kattavuuden ja näytön arviointi ovat kaksi eri asiaa ja että edellisessä on kysymys selvityksen määrästä, jälkimmäisessä näytön laadusta (s. 109 – 114). Määrä ja laatu ovat kuitenkin jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään (”i kontinuerligt samspel”, ks. s. 112 alaviite 75 ja s. 111). – Diesen katsoo s. 102 Cohenin esitysten ongelmaksi sen, että tämä on pitänyt silmällä lähinnä vakavimpia rikoksia, kun mallin tulee soveltua myös lievempiin rikoksiin.

1839 Diesen 1994, s. 20 –32; ks. kuitenkin s. 31, jossa hän sanoo, että vaikka hänen esityksensä kyseisessä kapaleessa ehkä on antanut vaikutelman, että hän omasta puolestaan aettaa Cohenin metodin muiden edelle, tällainen päätelmä ei kuitenkaan ole aivan oikea. Ks. Frände 1999, s. 339 alk. Norrgård 2002, s. 211.

voivansa sulkea pois tätä konkreettista vaihtoehtoista mahdollisuutta, syytetty on vapautettava – rikosta ei ole selvitetty niin, ettei järkevää epäilystä jäisi. Diesen katsoo metodiikan olevan sopusoinnussa niin angloamerikkalaisessa oikeudessa jury-järjestelmän seurauksena hyvin pitkään sovelletun common sense -harkinnan kanssa kuin myös vastuun arvioinnin ”absoluuttisen luonteen” kanssa.¹⁸⁴⁰ Muiden kuin syyttäjän esittämien selitysten poissulkeminen on myös rikosprosessin syvintä olemusta, seikka jonka monet, myös muita metodeita innolla puolustavat tieteisoppineet ovat tehneet selväksi.¹⁸⁴¹

Ensimmänen juttu, jossa HD nimenomaisesti sovelsi utan rimlig tvivel -näytökynnystä, oli NJA 1980 s. 725. Diesen on selostaessaan ratkaisua todennut, että HD oli ratkaisussa alemmista asteista poiketen antanut syytetylle (A) uuden vaihtoehtoisen teeman muodossa *puolustuskeinon, jota tämä ei ollut itse pyytänyt*. Hän on pitänyt ”avaimena” HD:n todistusharkintaan sen metodia asettaa *hypoteesi, joka on vastoin A:n omaa lausumaa*: epäily tämän syyllisyyttä kohtaan konkretisoitui, kun löydettiin selityksiä sille, että A oli konsekvent kiistänyt yhdyntän tapahtumisen.¹⁸⁴²

Diesen esittelee muun ohella rattijuopumusta koskevan ratkaisun NJA 1990 s. 555, jossa hän katsoo HD:n yhdessä virkkeessä vahvistavan ne näyttövaatimusta ja todistusharkintaan soveltuvaan metodologia koskevat päätelmät, jotka jutussa on tehty:

”Vid övervägande av vad som sålunda upptagits finner HD inte utredningen med sådan styrka utesluta andra tänkbara händelseförlopp än att Krister N själv kört bilen att den blivit ställt utom rimligt tvivel att han gjort sig skyldig till brott i enlighet med åtalet”.¹⁸⁴³

1840 Diesenin (1994, s. 134) idea siitä, että riittämätön selvittäminen johtaisi suoraan syytteen hylkyn ilman näyttöharkintaa, viittaa sekin angloamerikkalaiseen järjestelyyn, jossa syyttäjän (tai kantajan) vastapuoli voi vaatia syyttäjän (tai kantajan) näytön esittämisen jälkeen, että syyte tai kanne hylätään heti, koska edes tiettyä todennäköisyyskynnystä ei ole tuolla näytöllä pystytty ylittämään. Vastapuolelle ei ole edes tullut juttua vastattavakseen, ”no case to answer”. Tosin tässä kysymys ei ole ensisijaisesti niinkään näytön vakaudesta, vaan sen todistusvoimasta.

1841 Diesen 1994 s. 120. Kursivointi Diesenin, – Virolainen – Martikainen 2010, s. 295 luonnehtivat hypoteesimallin paikkaa todistusharkintateorioiden kentällä näin: ”Voidaan sanoa, että hypoteesimetodi rakentuu todistusarvometodin omaksumalle totuusnäkemykselle, mutta suuntautuu teemametodin tavoin arvioimaan teeman totuutta siitä esitetyn kokonaisnäytön perusteella.”

1842 Diesen 1994, s. 120 – 123. Kursivoinnit ovat Diesenin esityksen s. 123 mukaan. Tässä siis Diesen tuo esille tai ainakin antaa ymmärtää, että vaihtoehtoisia hypoteeseja voi asettaa myös tuomioistuim (ja/tai sen tuleekin tehdä niin).

1843 Diesen 1994 s. 129 katsoo tämän ratkaisun tekevän myös selväksi, että näyttövaatimus ”ei järkevää epäilyä” koskee myös ”keskivakavia” rikoksia. Itse panisin merkille myös sen, että ratkaisussa vaihtoehtoon perustuvaa ”metodia” on sovellettu myös vakavimpia vähäisempään rikokseen. Jutussa esitettiin ”aito”, monissa kohdin eroava vaihtoehtoinen tapahtumainkulku syytteeseen nähden, mutta taustalla tässäkin hypoteesissa oli alibiin rinnastettava väite.

Vaihtoehtoisen hypoteesin täytyy olla riittävän konkretisoitu ja realistinen, jotta sitä voisi ottaa lukuun. Muutoin se ei voi muodostaa rationaalista epäilystä.¹⁸⁴⁴

Diesenin mukaan on erittäin tärkeää, että tuomioistuimien asettaa vaihtoehtohypoteesinsa ennen päätösharkintaa – siten tuomioistuin pystyy koko käsittelyn ajan vertaamaan esiin tulevaa siihen, mitä tarvittaisiin syytteen toteennäyttämiseen, jopa valmistelun alusta lähtien. Diesen esityksen mukaan tuomari ei kuitenkaan yleensä puuttuisi asioiden kulkuun esittämällä väitteitään, vaan kyseenalaistaa syytteen osat ajattelemalla muita, vapauttavia selityksiä jutun eri faktoille.¹⁸⁴⁵

Diesen katsoi, ettei frekvenssiteoreettisia malleja sinänsä pitäisi hylätä, vaan niitä pitää kehittää ja yksinkertaistaa.¹⁸⁴⁶ Hän halusi poistaa niitä täydentävän ”intuitiivisen kokonaisarvostelun” todistusharkinnasta. Mallit ovat käyttökel-poisia osoittamaan karkeasti, miten jutun näyttö suhtautuu näyttövaatimukseen. Tästä selvittää kuitenkin ilman kaavoja. Kun on kysymys jutuista, joissa näyttö on ”marginaalista”, kaavat eivät kelpaa. Diesen kysyi, miksi ei otettaisi sen sijaan ”loppuarviointia”, sitä struktuuria jossa todistelu on, metodin lähtökohdaksi. Tällöin tutkiminen tarkoittaisi kaikkien niiden realististen vaihtoehtojen poispuhdistamista, jotka voidaan esittää syyttäjän teesiä vastaan. Jos jokin vaihtoehto on jäljellä, kun todistusharkinta lähenee loppuaan, on arvioitava sen mahdollinen järkevyyden. Mikään ei estä sitä, että järkevyysharkintaan otetaan mukaan todennäköisyyspohdinnat.¹⁸⁴⁷ Mutta jos epätasälliset kokemukslauseet korvataan matemaattisilla termeillä, on oltava selvillä, että toimitaan fiktiivisillä, ei todellisilla frekvensseillä.

Arvioinnin apukeinona todennäköisyyslaskelmilla voi olla sijansa silloinkin, kun sovelletaan puhtaasti vaihtoehtohypoteeseihin perustuvaa todistusharkintaa. Tällöin kuitenkin on kysymys vain sen ”itselleen” arvioimisesta, miten syyttäjän teesi suhtautuu kaikkeen olemassa olevaan (teemametodi) tai optimaaliseen (arviometodi) näyttöaineistoon.¹⁸⁴⁸

1844 Diesen 1994 s. 140.

1845 Diesen 1994 s. 134.

1846 Diesen 1994 s. 141 – 144.

1847 Diesen 1994, s. 142 lausuu, että tällöin voidaan Halldéniin (1980/1981, s. 76) liittyen puhua *selitysarvosta* eli siitä, minkälaisessa suhteessa esillä olevan selityksen voidaan arvioida olevan muihin selityksiin. – Halldén 1980/1981, s. 76 – 77 esittää selitysarvon yhteydessä bayesilaiseen muotoon puettua kaavan. Kun (vaihtoehtohypoteesien) todennäköisyydet ovat p ja $ei-p$, toiseen suuntaan viittaa kaksi suuretta, $p:n$ alkuperäistodennäköisyys ja sen selitysarvo; näiden tuloa Halldén nimittää plusfaktoriksi. Vastakkaiseen suuntaan viittavat tällöin $ei-p:n$ alkuperäistodennäköisyys ja $ei-p:n$ selitysarvo; näiden tulo (produkt) on miinusfaktori. Kaavaan sovitettuna plusfaktoria kuvaa a ja miinusfaktoria b . Tällöin lopullinen $p:n$ todennäköisyys, kun toiseikat on annettu, on $a: (a+b)$. Kun plusfaktori kasvaa, lopputulos kasvaa, ja kun miinusfaktori kasvaa, lopputulos pienenee. Diesen 1994, s. 142 kehittää kaavaa muotoon, joka ”ilmaisee, missä määrin syyttäjän teonkuvauksen voidaan katsoa olevan ainoa järkevä selitys”: syyttäjän väitteen suhde syyttäjän väitteen ja vaihtoehtoisten väitteiden summaan on yhtä kuin $x: 100$.

1848 Diesen 1994, s. 142.

Diesen käsittelee myös (teema- ja arvometodin vastakkaisasetteluun liittyvää) kysymystä siitä, onko määrittelemättömät (ospecificerade) vaihtoehtoselitykset otettava huomioon vai ei. Hän viittaa Boldingin esitykseen¹⁸⁴⁹ piiloon jäävien hypoteesien ongelmasta; Bolding kysyy, onko Ekelöfin ”epätietoisuusteorialla” (koskien yksipuolista todennäköisyyskäsitettä) oikeutuksensa juuri sen vuoksi, että oikeudella on rajoitetut mahdollisuudet pitää silmällä relevanttien vaihtoehtohypoteesien esiintymistä, ja vastaa kieltävästi: vaihtoehtohypoteesien niputtaminen määrittelemättöminä yhteisen epätietoisuuden nimikkeen alle merkitsisi tietystä määrin legitimaatiota suhtautua kritiikittömästi oikeudenkäyntiaineistoon. Sen sijaan täytyy saada lisättyä poliisin, syyttäjän, puolustuksen ja oikeuden aktiivisuutta eli yrittää pitää huolta siitä, että vaihtoehtoja voidaan arvioida. Juuri tämän vuoksi Diesen sanoo tuoneensa esiin selvitystandardin ja selvitysvaatimuksen käsitteet kahdeksi ”tarkastusasemaksi” tiellä todistusharkintaan. Hän korostaa taas, ettei ole merkitystä sillä, tuleeko hypoteesi puolustajalta vai ex officio.¹⁸⁵⁰ Diesen on sitä mieltä, että tällainen metodi edellyttää kuitenkin käytännössä puolustajaa. Selvitysvaatimuksen laajuudesta tulee mitta jäljellejäävän epävarmuuden hyväksyttävyydelle kyseisessä jutussa.

Diesen katsoo vielä, ettei rikosjutuissa tarvita (jotta myös robustius tulisi huomioon otetuksi) kahta eri asteikkoa eli näytön määrälle ja laadulle, kuten Lindell on ehdottanut. Molemmat voidaan vaihtoehtohypoteesien asettamisella ja poissulkemisella tutkia samanaikaisesti.¹⁸⁵¹

Pölönen erottelee hypoteesimallista kaksi keskeistä piirrettä. Ensimmäinen on se, että tuomiostuin ei ole todistusharkinnassaan kaikilta osin sidottu asianosaisten esittämiin väitteisiin. Toinen, Pölösen keskeisempänä pitämä piirre on ”ajatuksellinen malli näyttökysymysten ryhmittelyyn ja analysointiin.” – *”Tuomari pohtii viran puolesta syytteelle vaihtoehtoisia ja puolustukselle edullisia*

1849 Bolding 1988, s. 608. Bolding toteaa, että syyttäjän esittämälle murhasyytteelle voidaan esittää teoreettisesti katsoen määrätön määrä ja käytännössä ainakin useita vaihtoehtohypoteeseja, eivätkä ne aina tule esiin todistusharkinnan pohjaksi asetettavassa oikeudenkäyntiaineistossa. Jokainen relevantti vaihtoehtohypoteesi vaikuttaa syytteen teonkuvauksessa esitettyä päähypoteesia heikentävästi. Jos hyväksytään (Ekelöfin ajatus), että vaihtoehtohypoteesit yhdistetään yksilöimättöminä yhteisen nimen ”epätietoisuus” alle, tämä merkitsee tietystä määrin legitimaatiota *kritiikittömälle suhtautumistavalle oikeudenkäyntiaineistoa kohtaan*. (kursovointi Boldingin.)

1850 Diesen 1994, s. 142 – 143. Esille tulemattomien vaihtoehtojen ongelman osalta Diesen viittaa muun ohella vielä Benderiin s. 228 (Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band I, München 1981): muiden vaihtoehtojen poissuljenta ei sinänsä muodosta vahvaa perustaa tuomarin vakaumukselle, koska relevantteja vaihtoehtoja voi jäädä piiloon, mutta jos todistusharkinnan pohja saadaan rajoittaa jutun olosuhteiden mukaan, tätä epävarmuutta voidaan tapauksittain arvioida; ja Coheniin (ei sivuviitettä), joka käsittelee problematiikkaa olettamalla, ettei mikään selittämätön vaihtoehto voi horjuttaa teesiä (de ceteris paribus -oletama). Oikeuden on siis Diesenin mukaan voitava rajoittaa harkitsemaan niistä seikkoja, jotka on tuotu jutussa esiin ja siten epäsuorasti varustaa jokainen todistusharkinta varuamalla ”jutussa esitetyn selvityksen perusteella...”. – Bender – Nack’ia vastaa uudempi Bender – Nack – Treuer 2007 (3. Auflage), josta ei löydy enää vastaavaa.

1851 Diesen 1994, s. 143 – 144. Hän huomauttaa, ettei Lindellin todistusarvometodia kohtaan esittämää kritiikkiä siitä, että tämä yhdistää todennäköisyyden ja varmuuden samaan mittakeppiin, voida myöskään kohdistaa hypoteesimetodiin, koska tämä käsittelee vain varmuutta, ei todennäköisyyttä.

hypoteeseja kulloisenkin jutun ominaispiirteiden edellyttämässä laajuudessa.”

1852

Diesenin itsensä luottamus hypoteesimallin tai sentyyppisen harkintamallin levinneisyyteen vaikuttaa kyllä optimistiselta. Katsottuaan, että *kansainvälises- sä todistuskirjallisuudessa näytön arviointia koskevat frekvenssiteoriat ovat ”rare and are usually considered somewhat suspect”*, Diesen lausuu: *”Seen from the international perspective the prevailing method of evidence evaluation in criminal cases is to examine the prosecutor’s case by disproving alternative hypothesis. As far as I understand there is conformity of opinion among different theorists in the field, irrespective of whether these jurists work within the continental law systems or the common law systems. From the point of view of philosophy one starts from the premise that evaluation of evidence in criminal cases has to do with truth values, and not probability relationships, and that it is based on induction (i.e. inferences based on empirical knowledge), and not on deduction. This theoretical basis, as well as the normative systems of the law itself, entail considerable limitations on the search for the truth.”*¹⁸⁵³

Selitys voi kyllä piillä siinä, että Diesen liittää esityksessään todistusharkin- nan kiinteästi brd-kynnykseen ja hypoteesin varteenotettavuuteen. Lähtökoh- tana tämä kynns on kiistatta universaali.

11.2.2 Arviointeja

11.2.2.1 Yleistä arviointia

Ekelöf ei näytä suhtautuneen hypoteesimalliin kovin innokkaasti. Hän kä- sittelee ”allehanda hypoteser” ja katsoo, että niillä on paikkansa asianosaisten tutkivassa toiminnassa, mutta ei tuomioistuimen työssä enempää kuin sikäli, kuin prosessiaineisto antaa tukea jollekin muulle kuin syyttäjän hypoteesille. Ekelöf korostaa, että tutkinnanjohtajan on oltava avoin kaikille mahdollisuuksille ja etsiä mahdollista tukea eri hypoteesille, ja syyttäjän voi prosessin aikana tuoda esiin vaihtoehtoja, jotka on hylätty, koska niille ei löytynyt tukea. Ekelöf tässä yhteydessä päätyy hyvinkin pohdiskeleviin mietteisiin: *”Å andra sidan vet man ej vad framtiden bär i sitt sköte.”*¹⁸⁵⁴ Toisaalta Ekelöf myöhemmin koros-

1852 Pölönen 2003, s. 159. Kursivoinnit Pölösen.

1853 Diesen 2000, 176. Kursivointi Diesenin.

1854 Ekelöf 1977, s. 56. Vrt. Andersson 2016, s. 203 alaviite 3 toisaalta sanoo Ekelöfin kannaksi, että ratkaista- essa todennäköisyyttä on otettava huomioon myös potentiaalinen näyttö, jonka tiedetään olevan olemassa, mutta johon ei ole vedottu. Toisaalta alaviitteessä 3 s. 203 Andersson huomauttaa, ettei Ekelöf ehkä ollut ”helt tydlig” siinä, otettiin-ko robustiuskysymys tällä tavalla huomioon teoriassa. Andersson huomauttaa, et- tä jos jotain pidetään 60 prosentin todennäköisenä, Ekelöfin terminologiassa se tarkoittaisi *vähintään* 60 prosentin todennäköisyyttä. Jos tarkastellaan vain esitettyä näyttöä, seikkaa voitaisiin itse asiassa ehkä pitää 90-prosenttisesti todennäköisenä, mutta jos otetaan huomioon myös puttuva näyttö, se laskisi todennäköi- syyden maksimissaan 60 prosenttiin. Kursivointi Anderssonin.

taa syyttäjän objektiivisuusperiaatetta ja katsoo, että on pidetty perusteltuna ”mobilisoida” myös tuomioistuimen kapasiteetti ”äärimmäisenä voimavarana” huolehtimaan syytetyn turvallisuudesta ja kantamaan vastuuta selvityksen täydellisyydestä.¹⁸⁵⁵

Oikeuskirjallisuudessa Diesenin hypoteesimalli on saanut Suomessa kannatusta. **Dan Frände** on johdonmukaisesti kannattanut vaihtoehtoisten hypoteesien etsintää myös tuomioistuimen toimesta.¹⁸⁵⁶ Hän on kuitenkin korostanut, ettei edusta mitään ”puhtaaksiviljeltyä” hypoteesimallia siinä mielessä, että pitää lähtökohtana ”näyttömekanismimallia”¹⁸⁵⁷, jolla hän tarkoittaa todistusarvometodin mukaista todistussuhdetta teemasta todisteeseen eli ekelöfiläistä ajattelutapaa, jossa huomio kiinnitetään siihen, onko todistusteema aiheuttanut todisteen.

Pölönen on omaksunut Diesenin mallin ja esitellyt sitä meillä laajasti.¹⁸⁵⁸

Jokela 2015 katsoo,¹⁸⁵⁹ että ”hypoteesimalli vaikuttaa järkevältä ja muita malleja yksinkertaisemmalta”. Sillä on kuitenkin rajoituksensa. Jokela mainitsee seuraavat:

- yksipuolisuus: rikosasioissa vain syytetyn eduksi asetetaan muita hypoteeseja
- syytetyn kannalta on olemassa vaara, että itse päähypoteesiin, syytteen teonkuvauksen pitävyyteen ei kiinnitetä riittävästi huomiota, jos huomio kohdistetaan liiaksi yksinomaan vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljentaan¹⁸⁶⁰
- edellyttää näytön robustiuden selvittämistä:¹⁸⁶¹ miten tyhjentävästi on selvitetty vaihtoehtoja esitutkinnassa.¹⁸⁶²

¹⁸⁵⁵ Ekelöf teoksessa Ekelöf – Boman 1990, s. 66 – 67: ”Åklagaren bör såväl ingripa till den tilltalades förmån, då försvararen försummar detta, som förhöra parter och vittnen *utan* hänsyn till att svaret kan bli till förmån för den tilltalade.” (Kursivointi Ekelöfin.) – Pölönen 2003, s. 159 alaviitteessä 256 katsoo, että esitys mainituilla sivuilla puhuu sen puolesta, että tuomioistuin jatkuvasti ex officio tarkkailee syytettyä vastustavia seikkoja”. En kuitenkaan osaa pitää tätä indisiona sen puolesta, että Ekelöf olisi kallistunut hypoteesimetodin puolelle.

¹⁸⁵⁶ Frände 1998, s. 1247 siteeraa ensin Heinosen 1980 s. 335 varovaista lausumaa, että eräs avaus tuomion perustelemisessa saattaisi olla, että vaihtoehtoinen tapahtumainkulku, jonka esimerkiksi syytetty on esittänyt, perustelemalla suljettaisiin pois. Frände lausuu tähän: ”Mielestäni olisi syytä mennä vielä pidemmälle. Rikosjutussa annettava langettava tuomio tulee aina perustaa syytetyn syyllisyyttä koskevan järkevän epäilyksen poissulkemiseen.” Hän huomauttaa kuitenkin alaviitteessä 8 s. 1249, että hän perustaa kantajan rikosjutussa esittämän näytön näyttöarvon määrittelyn pääasiallisesti todistusarvometodiseen ajattelutapaan. Hän ei kuitenkaan yleisesti halua omaksua todistusarvometodia, vaan näyttökynnyksen ja näytön riittävyyden osalta hän perustautuu hypoteesimalliin (1999, s. 27 ja 339; ks. myös 2009, s. 52 ja s.369 -370 sekä 2017, s. 732 – 736. – Ks. myös Norrgård 2002 s. 211 alaviite 807.

¹⁸⁵⁷ Frände 2009, s. 52, s. 365 ja alaviite 3 sekä s. 367 alaviite 8.

¹⁸⁵⁸ Pölönen 2003, s. 158 – 179.

¹⁸⁵⁹ Jokela 2015, s. 328 – 329.

¹⁸⁶⁰ Jokela viittaa tässä Niemi-Kiesiläiseen 2004, s. 364 – 365 ja Pölöseen 2003, s. 179.

¹⁸⁶¹ Robustiudelle asetettavien edellytysten ja hypoteesimetodin yhteydestä ks. Frände 2017, s. 734 – 735.

¹⁸⁶² Jokela 2015, s. 328 – 329 viittaa Gränsin tutkimuksiin (Minna Gräns: Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile. Berlin 2002 s. 208 – 209) ja lausuu. ”Todistusharkintaa ei tältä osin ole lupa perustaa yksistään poliisin omaan ilmoitukseen, koska uudemmista tutkimuksissa poliisin tutkintametodien on havaittu usein olleen niin sanotusti epäilyhakuja. Tällä tarkoitetaan, että poliisi pääsääntöisesti keskittyy hankkimaan näyttöä

Jokela näkee hypoteesimetodin Cohenin induktiivisen teorian sovelluksena. Hän kannattaa itse jälkimmäistä, muun ohella siitä syystä, että sen sovellusala on hypoteesimetodia laajempi eli se soveltuu rikosasioiden lisäksi riita-asioihin.¹⁸⁶³

Syyttäjän näkökulmasta hypoteesimetodia on käsitelty **Marja Vanamo**.¹⁸⁶⁴

Erään näkökulman hypoteesimallin mahdolliseen soveltamistilanteeseen Suomessa on esittänyt **Niemi-Kiesiläinen**. Hän on käsitellyt parisuhdeväkivaltaa ja siinä yhteydessä erästä todistusoikeudellisen debatin kohteena ollutta¹⁸⁶⁵ KKO:n ratkaisua, ennakkopäätöstä KKO 2000:71. KKO vapautti siinä vastaajan, jota syytettiin kihlattunsa törkeästä pahoinpitelystä, kun asianomistajana ollut kihlattu oli, kerrottuaan ensin tapahtumista esitutkinnassa, kieltäytynyt oikeudessa kertomasta mitään.¹⁸⁶⁶ Muu näyttö eli asianomistajaa esitutkinnassa kuulustelleen poliisimiehen todistajankertomus tällä kädessä olleista siteistä ja housunlahkeessa olleesta reiästä sekä asunnosta takavarikoitu lihaveitsi ei riittänyt näytöksi. Niemi-Kiesiläinen on esittänyt omana arvionaan, että hypoteesimetodin käyttäminen jutussa olisi johtanut syytetyn tuomitsemiseen. Hän on arvellut, että kun otetaan huomioon kihlatun yhteydenotto poliisiin ja hänen esitutkintakertomuksensa, on melko vaikeaa keksiä vaihtoehtoja hypoteesia, joka ei tulisi suljetuksi pois tällä näytöllä, ”jopa korkealla näyttökynnyksellä”.¹⁸⁶⁷

11.2.2.2 Felaktigt dömda -ryöpytys

Hypoteesimalli ja Diesenin näkemykset muutoinkin nousivat kiivaan keskustelun kohteiksi vuonna 2006 Ruotsin oikeuskanslerin Felaktigt dömda -projektin työryhmän raportin johdosta. Diesen itse kohdisti työryhmän esitystä vastaan voimakasta kritiikkiä, ja sai sitä sitten vastaansa.

tiettyä epäiltyä vastaan eikä siis ainakaan yhtä intensiivisesti keskity mahdollisten vaihtoehtojen tekijöiden etsimiseen ja eliminointiin.” Jokela katsoo, että ”hypoteesimetodikin perustuu siten epärealistisiin edellyttämiin, jotka eivät aina toteudu käytännön oikeuselämässä.”

1863 Jokela 2015, s. 329 – 330.

1864 Vanamo 2001, s. 422.

1865 Jo ennakkopäätöksessä KKO 1995:66 oli vahvistettu kanta, ettei todistajan kieltäytymisoikeutta voitu kiertää kuulemalla todistajana poliisimiestä todistajan esitutkintakuulustelussaan kertoman sisällöstä. Ennakkopäätöksessä KKO 2000:71 KKO kyllä totesi, ettei asianomistajalla ollut velvollisuutta alistua kuultavaksi todisteluarkoituksessa eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. Asianomistajan esitutkintakertomus saatiin kuitenkin pääkäsitellyssä lukea ja ottaa todisteena huomioon. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 328 – 329 pitää ratkaisua EIT:n linjan mukaisena, Virolainen 2006, s. 655 – 657 taas virheellisenä. – Debatti on ”menneen talven lumia” sikäli, että uudessa OK 17:18.2:ssa omaksuttiin sääntely, jonka mukaan tuomioistuimien voi rikosasiassa päättää, että todistajana kuultavalla asianomistajalla, jolla ei ole vaatimuksia, ei ole vaitiolo-oikeutta, jos on syytä epäillä, ettei hän ole itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä.

1866 Esitutkintakertomus saatiin siis lukea, mutta sen näyttöarvo kaatui KKO:ssa kontradiktorisuuden puuttumiseen. Vrt. Niemi – Kiesiläinen 2004, s. 328.

1867 Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 365. – Yleisesti ottaen vaikuttaa siltä, että Niemi-Kiesiläinen ei pidä hypoteesimetodia hyvänä tutkimisnaisiin kohdistuvaa väkivaltaa sisältäneissä jutuissa. Hän katsoo metodin ongelmaksi muun ohella sen, että näyttökynnys noissa tilanteissa nousee ”helposti mahdottoman korkealle”.

Hypoteesimallin osalta¹⁸⁶⁸ työryhmä katsoi muun ohella, ettei se ole – kuten ei mikään muukaan todistusteoria – oikeuskäytännössä hyväksytty. Diesenin teoria on myös ”ifrågasatts i kommentaren till rättegångsbalken, bl. a. för att den kan leda till ett för lågt beviskrav”. Hänen metodinsa ”vaihtoehtohypoteeseineen” torjutaan (kuulemma, ”det sägs bl.a.”) periaatteessa liian epävarmana. Ainoa primäärinen oikeuslähde, joka työryhmän mukaan voisi antaa tukea Diesenin metodille, ovat HD:n ratkaisut. Viitattu HD:n tapaus NJA 1991 s. 56 puhuu kuitenkin hänen teesiään vastaan.¹⁸⁶⁹

Työryhmä väittää, että hypoteesimetodi laskee näyttökynnystä, mikä ”johtaa oikeusvarmuuden vähenemiseen”. Työryhmä hyökkää sitä vastaan, mikä muodostaa varteenotettavan epäilyksen (rimligt tvivel), ja katsoo sanotun olevan omiaan heikentämään näyttövaatimusta. ”Jotta varteenotettava epäily syntyisi, vaaditaan, että epäilystä voidaan perustella loogisesti, toisin sanoen katsoa sen olevan rationaalinen (eikä vain tunteisiin perustuva), ja että jutun faktat tukevat sitä, mikä siis merkitsee, että epäilyksen täytyy olla konkreettinen. Juuri silloin kun jutussa löytyy faktoja, jotka eivät pidä yhtä syyttäjän selityksen kanssa vaan sen sijaan viittaavat toiseen suuntaan, ollaan velvollisia vapauttamaan.” Työryhmä katsoo, ettei ole olemassa mitään, mikä sanoisi, että epäilyksen täytyy olla konkreettinen (se voi epäilemättä olla tunne – vaihtoehto, että tuomari katsoo itsensä pakotetuksi antamaan langettavan tuomion vaikka hänellä on epäilyksen tunne, ei ole erityisen houkutteleva), vielä vähemmän sitä täytyy perustella jutun faktoilla (riittää, että jutun faktat eivät sulje pois sitä, mikä antaa aiheen epäilykseen).¹⁸⁷⁰

”Se, että vaihtoehtoa syyttäjän teonkuvaukselle ei voida katsoa voitavan sulkea pois, voi ... olla perustana vapauttavalle tuomiolle, kun taas vaihtoehtojen puute käytännössä harvoin voi ilman kausaalinäyttöä syyttäjän teonkuvaukselle olla perusteena langettavalla tuomiolle. Oikeustapauksessa NJA 1991 s. 56 koskien vastuuta pahoinpitelystä ja kuolematuottamuksesta HD katsoi eliminaationäytön

1868 Felaktigt dömde 2006 -raportti sisälsi näkemyksiä usealtakin prosessioikeuden ja todistusoikeuden osaluualta. Eräät terävimmistä kannanotoista esitettiin vasta raportin julkaisemista seuranneen debatin yhteydessä. Työryhmän kantoja ja niiden herättämää kiistelyä kysymyksistä, mikä on todistusharkinnan olemus oikeustieteen kannalta, on käsitelty edellä johdannossa. – Dieseniin kohdistivat kritiikkiä vielä ainakin työryhmän asettaja eli tuolloin oikeuskanslerina toiminut Göran Lambertz, 2006 – 07, s. 796 – 807) sekä erästä tuomittua raportissa käsitellyssä jutussa avustanut asianajaja Thomas Olsson 2006 – 07, s. 808 – 812. Lambertz ei kuitenkaan puuttu hypoteesimalliin tai todistusharkintaan. Olsson s. 809 – 810 tulkitsee Diesenin väittävän, etteivät ”nuoret tytöt” koskaan valehtele tai erehdy seksuaalirikosten osalta – tulkinta, joka on käsittääkseni voimakkaasti liioiteltu. Olsson nostaa esiin myös Diesenin näkemyksen, että tuomioistuinten ”skepsis” rikoksia koskevia tietoja kohtaan tulee parantaa asiantuntevalla asiantuntijatarkastuksella. Tässä käy kuitenkin ilmi, että Olssonin keskeinen maalitaulu on eräs lapsi- ja nuorisopsykiatri. Olssonin kritiikin kärki ei kohdistu hypoteesimalliin.

1869 Axberger ym. 2006 – 07, s. 987 – 988. NJA 1991 s. 56 on ns. aution saaren tapaus.

1870 Axberger ym. 2006 – 07, s. 987 – 988.

riittämättömäksi viitaten siihen, että perustavanlaatuinen vaihtoehtoon antava näyttö oli liian epävarmaa.¹⁸⁷¹

Paremminkin eräänä hypoteesimallin sivujuonteena kuin itsenäisenä metodina voidaan ehkä pitää eliminaatio- eli poissuljentamallia. Sen ydin on juuri vaihtoehtojen hypoteesien, kuten alibiväitteen, poissulkeminen. Eräänä tyypillisenä sovelluskohteena eliminaatiolle ovat todistusteemoina erilaiset kausaalisuhteet. Myös DNA-todistelu on mainittu tehokkaana eliminaation muotona.¹⁸⁷² Pelkkä muiden potentiaalisten tekijöiden poissulkeminen ei kuitenkaan välttämättä riitä ”näytöksi” syyllisyydestä, koska poissuljentaa ei voida pitää sataprosenttisen täydellisenä.¹⁸⁷³

Syyttömyysolettama ei prosessin edetessä tarkoita sitä, ettei syytetyllä olisi missään tilanteessa velvollisuutta lausua näkemyksiään, tilanteesta riippuen lähinnä velvollisuutta syyksilukemiselta välttyäkseen antaa oma vaihtoehtoinen selityksensä tilanteesta, jossa syyttäjän esittämä näyttö ylittää näyttökynnyksen. Myös EIT on hyväksynyt tietyillä edellytyksillä tällaisen velvollisuuden. Kun rikoksen tapahtuminen ulkoisena tosiseikastona on usein riidaton, vaihtoehtoisissa tapahtumainkuluissa on tällöin kysymys lähinnä rikosentekijän henkilöstä, joten tavallinen vaihtoehtoinen selitys on alibiväite. Meillä ennakkopäätöksiä syytetyn selitysvelvollisuudesta ja vaihtoehtojen tapahtumainkulkujen esittämisestä ovat esimerkiksi KKO 2012:27 ja 2017:12. Edellytyksenä siis kuitenkin on, että syyttäjän näyttö kysymyksessä olevalta osalta on riittävä; jos näin ei ole, ei selitysvelvollisuuttakaan ole. Tällöin kysymys on tavallaan common law’n no case to answer -instituutioon verrattavasta tilanteesta. Tämä on kuitenkin pitkälti teoriaa. Käytännössä puolustus ei voi tietää, miten tuomioistuin syyttäjän näyttöä tulisi arvioimaan, ja siksi on luonnollista joka tapauksessa esittää vaihtoehtoiset tapahtumainkulut. Olennaista on, että syytettyä ei ”rangaista” siitä, että hän esittää vaihtoehtoisia tapahtumainkuluja, jotka sitten osoittautuvat liian heikoiksi tai mahdottomiksi – toisin sanoen niiden näyttämättä jäämistä ei (yleensä) tulisi pitää syytettyä tukevana. Edelstamin mukaan tällainen epäonnistumisen tilanne tulisi rinnastaa tilanteeseen, jossa syytetty ei ole esittänyt vastanäyttöä. Jos tilanne tulkittaisiin syytteen näyttöä tukevaksi, syytetyt eivät uskaltaisi esittää vaihtoehtoja.¹⁸⁷⁴

1871 Axberger ym. 2006 – 07, s. 988.

1872 Edelstam 2008, s. 208 – 215. (Ekelöf – Edelstam – Heuman). Edelstam korostaa s. 209, ettei vaihtoehtohypoteesin (kuten alibiväitteen) todistelun epäonnistuminen saa nostaa syyttäjän näytön todistusarvoa. Tämä on sama näkökohta, jonka KKO on tuonut obiter dictumina esille ennakkopäätöksessään KKO 2017:12 kohdassa 11.

1873 Esimerkkinä tästä NJA 1991 s. 56.

1874 Edelstam teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 209, on sitä mieltä, ettei syytettyä tule rangaista siitä, että hän esittää (varteenotettavia) vaihtoehtoisia tapahtumainkuluja. Toisin sanoen sellaisten esittämisen ei tule merkitä sitä, että syytetty ottaa riskin syytteen tekemisestä todennäköisemmäksi. – Tämä

Eräänlaisena epilagina Felaktigt dömda -debatille voi ehkä pitää Frank Lindbladin artikkelia, jossa hän ja Lainpelto ovat käyneet sen aineistona olleita ratkaisuja läpi ja tarkastelleet hovioikeuksien tuomioiden argumentointia samoissa jutuissa ennen ja jälkeen HD:n palautuksen, ja erästä jutuista vielä yksityiskohtaisemmin. Lopputuloksena on kannanotto, että vaihtoehtohypoteeseja ei ollut otettu riittävästi huomioon. Heidän susoituksensa on, että kun niitä laaditaan, ne tulisi tehdä kokonaistulkintojen tasolla.¹⁸⁷⁵

11.2.2.3 Omia arviointeja hypoteesimallista

Diesenin mallin idea ei ole uusi. Kuten hän itsekin on tuonut esiin, se pohjautuu paljolti HD:n käyttöönottamaan ei varteenotettavaa epäilyä -kynnykseen. Tämä taas periytyy common law'sta. Kun syytetty tavallisessa tilanteessa kiistää syytteen, hän yleensä tuo esille jonkin seikan kiistämisensä tueksi. Tuomioistuimien on ratkaisua tehdessään tavalla tai toisella aina tutkinut tämän kiistämisen perusteet, vaikka menettelyllä ei ole ollut metodin nimeä. Tuossa perustilanteessa tuskin lisäarvoa tuleekaan vielä siitä, että kiistämistä mahdollisine lisäfaktoja koskevine väitteineen nimitetään hypoteesiksi tai vaihtoehtoiseksi tapahtumainkuluksi.¹⁸⁷⁶

Myöskään ajatuksessa realististen, syytteelle vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen ”poissiivoamisesta” ei ole mitään uutta. Tuomioistuimet näytönharkinnassaan ovat perinteisesti menetelleet tuolla tavalla. Harkinnan marssijärjestys muotoutuu in casu ja useimmiten osin intuitiivisen päättelyn pohjalta – esimerkiksi siinä, mitkä vaihtoehdot sopivat toisiaan vastaan asetettaviksi.

kuuluu osana syyttömyysolettamaan. Logiikkaa ei kuitenkaan voine esittää poikkeuksettomana: käytännössä voi sattua, että vaihtoehtoisen hypoteesin kaatuminen (esimerkiksi ainoan, väitetyn rikostoverin B syytteen osoittautuminen täysin perusteettomaksi) edesauttaa väistämättä syyttäjän syytteen todistamista A:n osalta, jos kerran on riidatonta, ettei paikalla ole ollut ”kolmatta miestä”. Lähtökohtaisesti Edelstam on oikeuspoliittisessa näkemyksessään kyllä oikeassa. – Ks. esimerkiksi KKO 2017:12 kohta 11: ”Edellisissä kohdissa lausuttu huomioon ottaen lähtökohtana voidaan pitää sitä, että rikosasian kantaja on esittänyt riittävän vahvan näytön syytteen tueksi ennen kuin syytteelle vaihtoehtoista tapahtumainkulkua koskevan vastaajan kertomuksen epäuskottavuudelle voidaan antaa merkitystä syytteen tueksi esitetyn näytön todistusvoimaa harkittaessa. Vastaajan sanotunlaisen kertomuksen epäuskottavuus ei myöskään itsessään lisää syytteen tueksi esitettyjen todisteiden ja asian käsittelyssä esiin tulleiden syytettä tukevien seikkojen todistusvoimaa. Eri asia on, että vastaajan kertomuksesta voi ilmetä seikkoja, jotka varsinkin yhdessä muiden asiassa esiin tulleiden seikkojen kanssa voivat tukea syytettä ja osoittaa sen näytetyksi.” – Tässä suhteessa ennakkopäätökseen KKO 2019:2 sisältyvässä kohdassa 21 on pieni periaatteellinen ongelma. Syytetty A oli esittänyt jutussa vaihtoehtoisen hypoteesin. Kohdassa 21 KKO:n mukaan ”A:n asumisolosuhteista ja postin jakelusta hänen asuntoonsa saatu selvitys osoittaa, että ulkopuolisen olisi ollut vaikea saada postilähetyksen haltuunsa ainakaan A:n sitä havaitsematta. A:n kertomuksesta ei ole ilmennyt, että joku toinen olisi myöhemmin pyrkinyt saamaan huumausaineen haltuunsa. A ei ole kyennyt yksilöimään myöskään kiusanteko- tai vahingoittamistarkoitukseen viittaavia tapahtumia. Nämä seikat vähentävät syytteelle vaihtoehtoisen tapahtumainkulun todennäköisyyttä asiassa ja ovat siten syytettä tukevia.” Nähdäkseni viimeisen lauseen viimeisen osan johtopäätös on kyseenalainen.

¹⁸⁷⁵ Lindblad 2009, s. 131 ja 135. Osatulkinta on heidän mukaansa esimerkiksi ”Se, että asianomistaja puhuu niin lyhyesti, voi olla ilmausta siitä, että on vaikeata puhua seksuaalisista kokemuksista” ja kokonaistulkinta taas ”asianomistaja on ollut syytetyn törkeän väärinkäytön kohteena suunnilleen kuvaamallaan tavalla”. – Lindblad on ammatiltaan lapsi- ja nuorisopsykiatri.

¹⁸⁷⁶ Vrt. Diesen 1994, s. 130 ja 131.

Jos on tarjolla useita erilaisia hypoteeseja ja siis muutakin kuin väite X ja ei-X, ”asianhallinta” on joka tapauksessa pakko järjestää jollakin tavoin. Poissuljenta osoittautuu tällöin usein luontevasti rationaaliseksi etenemistavaksi.

Varsinaiset leijonankyntensä Diesenin malli pääsee näyttämään lähinnä tilanteissa, joissa voidaan aidosti puhua vaihtoehtoisista tapahtumainkuluista, joissa toisin sanoen vaihtoehto on ”oikeasti” erilainen¹⁸⁷⁷ tapahtumainkulu, jonka falsifioimatta jääminen jättäisi voimaan varteenotettavan epäilyksen syytteen teonkuvauksen oikeellisuudesta ja siis estäisi syytteen hyväksymisen. Tyypillisiä tilanteita käytännössä ovat alibiväitteet ja muut tilanteet, joissa on ajateltavissa muita vastaajakandidaatteja ja jonkun muun väitetään tehneen kyseisen rikoksen, sekä tilanteet, joissa vaihtoehtoväitteitä esitetään useiden erilaisten tunnusmerkistötekijöiden kohdalla. Näissä tilanteissa hypoteesimalli auttaa jäsentämään tilannetta niin ajatuksellisesti kuin konkreettisesti, ehkä istunnon suunnittelua myöten. Strategiana malli toimii parhaiten myös silloin, kun vaihtoehtoväitteet ovat tiedossa jo tutkinnassa tai muuten mahdollisimman varhain. On ilmeistä, että tavallisimmin tilanne on tämä vakavampia rikoksia koskevissa jutuissa, mutta esimerkiksi alibiväite on täysin mahdollinen myös vähäisemmissä jutuissa.¹⁸⁷⁸

Jos ymmärrän oikein, Diesenin ajatus on, että puolustuksen ja syyttäjän lisäksi tuomari kaikissa oikeudenkäynnin vaiheissa – valmistelussa, pääkäsittelyssä, todistusharkinnassa – generoi, ehkä samalla metodilla kuin poliisin olisi esitutkinnassa tullut tehdä, uusia (vapauttavia) hypoteeseja, mutta niiden tulisi olla valmiita jo ennen harkinnan aloittamista:

”Under hela förhandlingen jämför domstolen vad som framkommer i målet med vad som torde behövas för att pröva gärningsåståndet. Domaren ifrågasätter (- i *regel utan att ingripa, utan att framställa sina invändningar* -) detta påståendes olika delar genom att tänka sig andra (friande) förklaringar till olika fakta i målet. Och i den mån sådana förklaringar kan tänkas rimliggjorda genom ytterligare utredning ser rätten till att sådan utredning sker.”¹⁸⁷⁹

Diesenin myös tuomioistuimelle sälyttämä velvollisuus luoda uusia hypoteeseja (ja tällöin vain syytetyn eduksi) kuulostaa mielestäni käytännölle ja

¹⁸⁷⁷ Diesen 1994, s. 133 määrittelee vaihtoehdon arvioinnin lähtevän siitä, että yritetään liittää jutun faktoja toiseen kokemuslauseeseen kuin siihen, jonka ilmausta syyttäjän teonkuvaus on. Ks. kuitenkin s. 132 (vaihtoehdon on oltava sopusoinnussa (tiettyjen) jutun faktojen kanssa. – Käsittääkseni syytetyn väite vaihtoehtoisesta hypoteesista sisältää käytännössä aina ”uusia” seikkoja, siis eri tosiseikkoja (väitteitä niistä) kuin syytteessä on kuvattu. Myös alibiväitettä syytetty säännönmukaisesti rikastuttaa erinäisiä ulkoisia faktoja koskevilla lisäyksillä, joista tavallinen koskee sitä paikkaa tai tilannetta, jossa hän mielestään oikeasti on kyseisenä teon ajankohtana ollut. Tällöin saattaa esille tulla myös kysymys syytetyn selvitys- tai selvitysvelvollisuuden olemassaolosta ja laajuudesta (ks. KKO 2012: 27, erityisesti kohta 13).

¹⁸⁷⁸ Diesen 1994 s. 127 – 129.

¹⁸⁷⁹ Diesen 1994, s. 134. Kursivoinnit tässä JR.

tuomioistuimen roolille vieraalta käsittelymenetelmää noudattavassa prosessi-järjestelmässä ja lähenee ”toispuolista” inkvisitiotutkintaa.¹⁸⁸⁰ Lienee niin, että abduktiivinen ajattelu on oikeuselämässä luontevimmillaan rikostutkinnan alkuvaiheissa, jolloin ”salapoliisityö” ja innovatiivisuus ovat esimerkiksi tekijän haravoimiseksi tarpeen.¹⁸⁸¹ Idea voimakkaasta etukäteisvalmistelusta lyö myös korvalle ajatusta siitä, ettei tuomarin tule hankkia etukäteisnäkemys (ja niihin helposti liittyviä alkuperäistodennäköisyyden oletuksia), ei ainakaan ”varta vasten”. Tältä kannalta ja muutoinkin koko prosessin läpinäkyvyyttä ajatellen tuntuu mahdottomalta ajatus, että tuomari vain omassa mielessään hautoisi hypoteeseja, jotka kuitenkin vaikuttaisivat hänen toimintaansa ulospäin ja ohjaisivat sitä.

Omasta mielestäni juuri tässä tuomioistuimen roolin ”vinouttamisessa” on hypoteesimallin suurin heikkous, joka tekee sen samalla soveltumattomaksi nykyiseen käsittelymenetelmää noudattavaan rikosprosessiin. Näen tällä kohden myös jonkinlaisen ristiriidan niiden kirjoittajien esityksissä, joissa toisaalta kannatetaan hypoteesimallia ja sen mukana tuomioistuimen toimintaa syytetyn ”hyväksi”, toisaalta halutaan luopua syyttömyysolettaman käsitteestä ja pidetään syytettyä jo jonkin verran syyllisenä sen vuoksi, että hän on käynyt läpi esitutkinnan ja syyteharkinnan. Itse lähtisin oikeudessa mieluummin sittenkin ”puhtaalta pöydältä” ja ottaisin syytteen sisällön tästä lähtökohdasta kriittiseen tarkasteluun rupeamatta omaehtoiseen abduktiiviseen teorianmuodostukseen. Vakavammissa jutuissa syytetyn puolustaja voi vapaasti esittää vaihtoehtoja päämiehensä parhaaksi, ja lievemmissä rikosjutuissa syytetty yleensä pystyy itsekin sanomaan perusteensa, miksi hän kiistää syytteen.

Hypoteesimallin sukulaisuus parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn malliin ja abduktioon onkin nykyhetken valossa tarkastellen ilmeinen. Sukulaisuus abduktioon näkyy esimerkiksi siinä, että Diesenin toteaa oikeuden, muodostellessaan näytön arvioinnissa hypoteeseja, käyttävän itse asiassa samaa metodologia, jota poliisin on tullut käyttää rikoksen selvittämisessä.¹⁸⁸² Diesen katsoo myös, että pohjoismaisen todennäköisyysteorian todistusharkinnassa erottelemat kaksi vaihetta, kvantitatiivinen (fiktiivisten) frekvenssien arviointi ja kvalitatiivinen ”intuitiivinen todistusharkinta” eli ”harkinnanvarainen kokonaisarviointi” tulee erottaa niin, että osaksi käytetään selvittämiskynnystä, osaksi näyttökynnystä. Ensin tutkitaan, miten kyseisen tapauksen tosiseikat suhtautuvat tämänkaltaiseen tyyppitapaukseen, ja sen jälkeen arvioidaan, sen perusteella missä suhteessa nämä tosiseikat ovat relevantteihin muuttujiin, muodostaako syyttäjän

1880 Ekelöf 1977, s. 56, tullessaan hyvinkin pohdiskeleviin mietteisiin (”Å andra sidan vet man ej vad framtiden bär i sitt sköte”) viittaa juuri tuomioistuimen ”inkvisitoriseen” tehtävään vanhan rikosprosessin ajalla.

1881 Diesen 1994, s. 134 huomauttaa itse siitä, että vaarana on, että yksittäisessä jutussa tuomioistuin saattaa tällöin luottaa liikaa aikaisemman tutkijan arvostelukykyyn.

1882 Diesen 1994 s. 133.

teonkuvaus ainoan järkevän selityksen.¹⁸⁸³ Tämä ilmaus ei nähdäkseni ole aivan kaukana parhaaseen selitykseen johtavasta päättelystä, vaikka polut ja vaiheet voivat olla hyvinkin erilaiset.

Diesen kyllä lausuu, että tuomioistuin etsii yksittäisen tapauksen totuutta ja että uskottavin selitys, joka tavanomaisesti ilmiön syytä pohdittaessa riittää, ei rikosjutussa kelpaa johtopäätökseksi.¹⁸⁸⁴ Hän on tietysti oikeassa siinä, että prosessin ja erityisesti rikosprosessin funktiona on totuuden etsiminen. Se on kuitenkin rikosprosessissakin vain eräs funktioista, kuten aineellista ja prosessuaalista totuutta koskevassa osassa edellä olen esittänyt. Totuutta ei myöskään etsitä hinnalla millä hyvänsä. Kun lähtökohtana on lisäksi se, että vaihtoehtoiset hypoteesit saavat elämisen oikeutuksensa vain jos niiden tarjoama vaihtoehto on vapauttava eli syytettyä suosiva, lienee niin, että vaihtoehto, joka johtaa parhaaseen (so. inferentiaalisesti parhaaseen) selitykseen, saattaa samalla olla syytetylle tulenarka – ja siten kaiketi hypoteesimetodin vieroksuma - vaihtoehto. Abduktiivisuutta taas edellytetään niin rikostutkijalta kuin syyttäjältä, ja Diesen edellyttää sitä löytyvän vielä tuomioistuimeltakin, jonka asema on kuitenkin näihin verrattuna erilainen.

Hypoteesimetodin toinen heikkous näkyy siinä, että ongelmaksi *käytännössä* voi tulla kysymys, mitä oikeus oikeasti voi tehdä ja *missä vaiheessa*. Vaikka Diesen pitää tärkeänä hypoteesien varhaista luomista, käytännön ajoitus ja tuomarin rooli näiden osalta käräjäsäalissa muutoinkin jäävät nähdäkseni lopulta hatariksi. Pölösen huolellisesti laadittu selvitys tapahtumien etenemisestä esimerkkeineen ja kaavioineen ei sekään saa itseäni vakuuttuneeksi metodin toimimisesta käräjien tuoksinassa.¹⁸⁸⁵ Olisi tietysti kiitettävää, jos kaikki siinä esitetty voitaisiin tehdä, mutta karu tosiasia on, että oven takana voi odottaa monta muuta juttua – resurssit ovat rajalliset. Kolflaathilla on kehityskelpoinen todistelutilanteen (bevisituasjon) käsite, mutta hänkään ei mielestäni ole pystynyt vakuuttavasti irtautumaan ajatuksesta, että lähinnä todistusharkinnassa ilmaantuisi vaihtoehtoisia selityksiä.¹⁸⁸⁶ Silloin voi monista syistä olla jo liian myöhäistä. Voinee sanoa, että kirjoittajilta eräällä tavalla puuttuu esityksistään realistinen aikadimensio. Toisaalta korostetaan kyllä vaihtoehtojen luomista jo prosessin aikana. Tämä voisi kuitenkin tehdä prosessin etenemisen sekavaksi. Taas sinänsä *ajatuksena* ehkä realistisempi vaihtoehto, että oikeus, päätettyään pääkäsittelyn ja suorittaessaan päätösharkintaa tai -neuvottelua tai vieläpä

1883 Diesen 1994 s. 112. Kursivointi JR.

1884 Diesen 1994 s. 131 – 132. Hän viittaa mm. Ekelöfiin (Ekelöf – Boman 1992?) s. 131, jossa Ekelöf sanoo alkuperäistodennäköisyyden voitavan perustaa siihen, että henkilö on syytettynä, ”eftersom de allra flesta åtal blir bifallna och nästan alla fällande domar äro riktiga. Men det får rätten naturligtvis inte fästa något avseende vid.” Diesen ei tässä (eikä 2012 eikä 2015) ota kantaa parhaaseen selitykseen johtavaan malliin, joka ei 1994 vielä liene ollut ainakaan todistusoikeudellisenä sovelluksena esilläkään.

1885 Pölönen 2003, s. 164 – 178.

1886 Kolflaath 2013, s. 61 – 64.

näiden jälkeen innovoisi uusia tapahtumainkulkuja, avaisi jutun, nimeäisi uusia todistajia ja kehottaisi syyttäjää tai puolustajaa näitä kutsumaan tai ryhtyisi niitä itse toimivaltansa rajoissa kutsumaan, tuntuu lähtökohtaisesti ainakin suomalaista prosessia ajatellen kovin oudolta. Samoin asia taitaa olla Ruotsissa ja Norjassa ja muuallakin. Tämän ei tarvitse merkitä, ettei sellainen voisi tulla koskaan kysymykseen syytetyn eduksi. Se saattaisi kyllä viestiä siitä, että asian esitutkinta ja valmistelu olisi melko lailla epäonnistunut – ellei sitten uusi relevantti todistaja ilmestyisi ”kuin salama kirkkaalta taivaalta” tai ellei tämä olisi aikaisemmin täysin tavoittamaksi osoittautunut, mutta sitten juuri tuossa päätösneuvottelujen vaiheessa tai jopa niiden jälkeen ihmisten ilmoille ja tavoitettavaksi antautunut henkilö.

Lisäksi tuntuu hiukan oudolta ajatella, että tuomari olisi kehitellyt itselleen vaihtoehtoisia hypoteeseja mutta ei niiden pohjalta käsittelyssä puuttuisikaan yleensä prosessin kulkuun.¹⁸⁸⁷ Eivätkö nuo selitykset jäisi silloin kontradiktorisesti ja adversiaalisesti käsittelemättä ja tulisi esiin ehkä vasta tuomiossa? Tämä ei olisi hyvän oikeudenhoidon mukaista edes rikosjutussa syytetyn eduksi ja sotisi joka tapauksessa asianomistajankin oikeusturvaa vastaan.

Diesen – niin kuin kyllä aika moni muukin – hiukan sivuuttaa sen, että kiistetyssä jutussa kaikkein olennaisin ”hypoteesi”, se, että syytetty ei ole tehnyt kyseistä tekoa, on aina läsnä ja jopa lähtökohtainen vaihtoehto. Tämä vaihtoehto lepää vankalla pohjalla, ennen kaikkea syyttömyysolettamalla. Ja vaihtoehtoja tulee lisää sitä mukaa, jos syytetty tosin myöntää joitakin osia tunnusmerkistöstä, mutta kiistää joitakin muita. Tällöin väitetyn tunnusmerkistötekijän ei-eksistenssi on aina oma syytteelle vaihtoehtoinen ”hypoteesinsa”. Se, onko, missä määrin ja minkälaisella selvityksellä syytetyn tätä kiistoa tarpeen tai aihetta tukea, on kysymys, johon vastaus on etsittävä muualta kuin hypoteesimetodista. Asiat eivät ole tapahtuneet niin kuin syytteessä väitetään, tai vaikka muuten ovatkin tapahtuneet, syytettynä on väärä henkilö. Jos näyttö syytteen tueksi on heikkoa, ei ole tarpeen konstruoida uusia variaatioita siitä, miten tapahtumat olisivat saattaneet mennä; tuomioistuimen tehtävänä on tutkia syytteen paikansapitävyys, ei vahvistaa historiantutkijan tavoin, miten asiat ovat faktisesti menneet.¹⁸⁸⁸ Tämä on nähdäkseni lähtökohta ja normaalitilanne, joka toteutuu aina – myös silloin, kun syytetty ei halua kertoa yhtään mitään.

Niemi-Kiesiläisen viittaama ennakkopäätös KKO 2000:71 voisi mielestäni olla tyyppiesimerkkinä siitä, että *minkäänlaista* ”metodia” ei oikein tulisi asettaa syyttäjän väitteen ja esitetyn näytön ”väliin” ikään kuin suodattimeksi tai

1887 Diesen 1994, s. 134: ”i regel utan att ingripa, utan att framställa sina invändningar”.

1888 Käsittääkseni ennakkopäätös KKO 2013:97 kuvaa juuri tällaista normaalitilannetta. Vrt. Frände 2017, s. 734, joka pitää poikkeuksellisenä tilannetta, että rikosasia voidaan ratkaista ilman vaihtoehtoisten hypoteesien arvottamista.

silmälaseiksi. Siinäkin asiassa on ollut viime kädessä yksi ”teesi”, ultima probandum, jonka tueksi sallittu ja esitetty näyttö on osoittautunut riittämättömäksi.¹⁸⁸⁹

Ymmärrän Niemi-Kiesiläisen ajatuksen niin, että syyttäjän tai tuomioistuimen olisi tullut tuoda esiin muita hypoteettisia tapahtumainkulkuja sen osoittamiseksi, että nämä eivät tule kysymykseen ja että siis jäljelle jää ainoastaan syytteessä tarkoitettu tapahtumainkulku, jonka *siis täytyy olla tosi*. Tässä tilanteessa nuo muut tapahtumainkulut – vaikka klassinen väite portaissa putoamisesta – olisivat kyllä olleet hypoteeseja *syytetyn vapauttamisen puolesta*. Tähän ajattelutapaan liittyy ainakin kaksi ongelmaa. Perusongelma on se, että teorian mukaan hypoteeseja on tarkoitus luoda vain syytetyn hyväksi. Asia kääntyy pälaelleen, jos muiden tapahtumainkulkuhypoteesien kaatumisten sallitaan lisäävän syytteen todennäköisyyttä. Tällaista ei luonnollisesti *saisi* sallia, ja Dahlman varoittaa siitä aiheellisesti. Mutta lienee mahdotonta välttää ajatukselta, että jos kaikki mahdolliset tilanteen variaatiot esitetään hypoteeseina ja kaikki muut kuin syyttäjän esittämä kaatuvat, miksi tämä ei tosiasiallisesti vahvistaisi sen oikeaksi – edellyttäen luonnollisesti, että *sen* tueksi oli jo esitetty uskottava näyttö. Sallittiinpa tätä moraalisella tasolla tai ei, tosiasiallisesti syytettyä rangaistaisiin hypoteesiensa esittämisestä. Tämä on paradoksi, josta on vaikea päästä yli, kun ajatellaan konkreettista tilannetta. Mutta tässä ei ole vielä kaikki: *tuomioistuimelle itselleenkin* asetettaisiin velvollisuus esittää hypoteeseja, joiden kaatuminen edesauttaisi syytteen toteennäyttämistä.

Eräs suomalaisen henkirikoksen tyyppitilanteista on yhteisen, runsaan alkoholin nauttimisen jälkeen tapahtunut puukotus. Ryypyseurueeseen on kuulunut kolme miestä, joista yksi on surmattu eikä mikään anna aiheutta hypoteesiin ulkopuolisesta tekijästä. Sitä, jota ei syytetä, kuullaan oikeudessa. Miten tuomioistuimen pitäisi kehittää vaihtoehtohypoteeseja?

Toinen ongelma on yleisempi. Enää tuomioistuimen asiana ei ole ollut abduktiivisesti etsiä yleisesti ja kattavasti selityksiä elämän ilmiöille, vaan keskittyä ainoastaan syytteeseen tai kanteeseen eli kysymykseen, onko siinä väitetty seikka, tässä kausaalisuhde, tullut riittävästi *toteennäytetyksi*. Ymmärtääkseni Diesen on myös ollut mallia kehitellessään huolestunut siitä, ettei syytettyä tuomita väärin sen vuoksi, että vaihtoehtoisia syitä tapahtuneeseen olisi ollut oletettavissa. Edellä olevassa tulkinnassa hypoteesimallia sovellettaisiin todellisuudessa syytetyn vahingoksi eli tämän tarkoituksen vastaisesti.

¹⁸⁸⁹ Ratkaisusta ei ilmene, oliko asianomistajalta vielä yritetty jossakin vaiheessa kysyä syitä esimerkiksi käsisteisiin. Joka tapauksessa hänen oikeutensa olla hiljaa olisi kattanut tällaisenkin kysymyksen. KKO:n ennakkopäätökseen ei ole myöskään kirjattu syytetyn suhtautumisesta muuta kuin että tämä oli KO:ssa kiistänyt syytteen.

Diesenin metodi toimii vain syytetyn eduksi. Syyttäjä voi rikosasiassa esittää ja toisinaan esittääkin vaihtoehtoisia ”polkuja” syytteensä lopputulokseen pääsemiseksi, joko alun perin syytteessään tai sitä lain sallimissa rajoissa sääten, mutta nämä vaihtoehtoiset selitykset eivät ole tämän teorian mukaisia hypoteeseja vaan syyttäjän ”teesin” muunnelmia. Se, että tuomioistuin innovoisi vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja syytteen hyväksytyksi saamiseksi, saati että sillä olisi jonkin teorian asettama velvollisuus sellaiseen, ei mielestäni tule akkusatorisen ja käsittelyxmenetelmään perustuvan rikosoikeudenkäynnin puitteissa kysymykseen. Ei ole lainkaan poissuljettua, että tuomioistuin havaitsee käsittelyn aikana selitysmallin, joka johtaisi todellisuudessa syyksilukemiseen, kun taas syyttäjän esitys ei sitä tekisi. Kysymys on luonteeltaan samasta tilanteesta, jossa tuomioistuin näkee nimetystä tai jo esitetystä henkilötodistelusta tai muusta oikeudenkäyntiaineistosta, että syyttäjä ei ole hankkinut eräitä, suurella todennäköisyydellä raskauttavia todisteita tai henkilöitä todistajina kuultaviksi.

Meillä viimeksi vuonna 1991 muutettu VOK 17:8 tarjosi tuomioistuimelle mahdollisuuden määrätä uusia todistajia kuultaviksi. Kuitenkin jo 1990-luvun puolivälissä, käytännössä Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisen johdosta, kävi selväksi, että näytön inkvisitorinen hankkiminen viran puolesta syytetyn vahingoksi ei ole sallittua.¹⁸⁹⁰ Uuden OK 17:7:n mukaan tuomioistuin saa rikosasiassa hankkia näyttöä, jos se todennäköisesti ei tue syytettä.¹⁸⁹¹ Tuomioistuimen asiana ei siis ole tänä päivänä ryhtyä tällä tavoin auttamaan syyttäjää, mutta ei sen paremmin omaa syytettään ajavaa asianomistajaakaan.

Hypoteesimetodin suurin rajoitus on ehkä juuri siinä, että se on Diesenin esittämässä muodossa tiukasti ankkuroitu rikosoikeudenkäynnin johtaviin, syytettyä suojaaviin periaatteisiin, kuten syyttömyysolettamaan ja syyttäjän objektiivisuusvaatimukseen, eikä siis sovellu muihin kuin syyttäjän¹⁸⁹² ajamiin rikosasioihin eikä niihinkään muutoin kuin syytetyn hyväksi. Näissäkin suhteissa se eroaa soveltamisedellytyksiltään esimerkiksi abduktiosta ja parhaaseen selitykseen johtavan selityksen mallista. Vaihtoehtoiset selitykset voivat olla vain syytteen hylkäämiseen johtavia eli vapauttavia hypoteeseja tapahtumainkulusta. Niin sanottuun aineelliseen totuuteen pyrkimisen periaate rikosasiassa saattaa olla hypoteesimetodin kannalta kaksiteräinen miekka, erityisesti tuomioistuimen kannalta.

Jos hypoteesiteoriaa ajatellaan tarkoin Diesenin hahmottelemassa muodossa, sen periaatteellinen ongelma on siinä, että hän olettaa tuomarin etukäteen

¹⁸⁹⁰ KKO 1995:44 ja 1996:133.

¹⁸⁹¹ Tuomioistuimella on kuitenkin asian laadusta riippumatta oikeus hankkia omasta aloitteestaan asiantuntijalausunto. – Ongelma uudessakin säännöksessä luonnollisesti on, ettei aina voida tietää, mihin suuntaan mahdollinen uusi näyttö syytteen todennäköisyyttä muuttaisi.

¹⁸⁹² On teoreettista ajatella, että asianomistajalle, hänen ajaessaan yksin rangaistusvaatimustaan, asetettaisiin velvoitus etsiä hypoteettisia tapahtumainkulkuja syytetyn vapauttamiseksi.

käyvän jutun läpi vapauttavien hypoteesien muodostelemiseksi. Diesenin esitys on tulkinnanvaraista sikäli, miten hän ajattelee tuomarin kertovan hypoteesejaan muille: toisaalta ennen päätösharkintaa (öveläggning) mutta ”i regel utan att ingripa, utan att framställa sina invändningar”¹⁸⁹³, toisaalta ”ställa upp nya hypoteser” pääkäsittelyssä. Miksi tuomarilla pitäisi olla näin vahva etukäteisasenne – miksi hänellä pitäisi olla ”invändningar” valmiina, kun hän tulee istuntoon, olkoonkin että hänen tulisi olla ”beredd att ompröva” vaihtoehtojaan? Tämän noudattaminen merkitsisi pahimmillaan mielestäni suositusta tuomarille vahvan ennakoasenteen omaksumiseksi – ja vähintäänkin jutun perusteellista tutkimista *etukäteen*. Kun vastustan ylipäätään alkuperäistodennäköisyyden hyväksymistä ennakoasenteeksi, en voi pitää Diesenin lähtökohtaa oikeana. Kaikesta selityksestä huolimatta itselleni jää myös epäselväksi, miten todistelun täydentäminen uuden pääkäsittelyssä keksityn vaihtoehdon näyttämiseksi todellisuudessa tapahtuisi. Pääkäsittely voidaan keskeyttää ja sellaista voidaan tehdä, mutta järjestelmän peruspiirre se ei voi olla.

Kokonaan toinen asia on, että järkeviä vaihtoehtoja voi todella ilmaantua niin sanotusti matkan varrella. Yhtä lailla syyttäjälle voi tulla tarve tarkentaa tai muuttaa syytettään. Kaikki niiden vaatimat toimet on joka tapauksessa käsiteltävä istunnossa kontradiktorisessa menettelyssä.

Indispositiivisessa riita-asiassa asetelma on toinen jo siksi, että niissä on mukana julkinen tai muu vastaavanlainen intressi, joka juuri aiheuttaa indispositiivisuuden ja jonkinasteisen lainmukaisen inkvisitorisen piirteen. Tuomioistuimen ”pelivara” omassa aloitteellisuudessa vaihtelee asian laadun mukaan; meillä esimerkiksi holhoustoimilain piiriin kuuluvissa asioissa tuomioistuimelle on asetettu suuri vastuu ja vastaavasti vapaus asian selvittämisestä, ja lasten huoltoasioissa tuomioistuimen on viran puolesta pidettävä huolta asian ratkaisemisesta lapsen edun mukaisesti.¹⁸⁹⁴ Silti näissäkin asioissa on *näytön harjinnassa* keinotekoisia etsiä hypoteesimetodille soveliasta toimintaympäristöä: kysymys on useimmiten tulevaisuuteen kohdistuvasta ratkaisusta, ei menneisyyden tapahtumainkulkujen vaihtoehdoista, ja erityislainsäädäntö asettaa tiukat puitteet ”pelivaralle” myös menneisyyden todistustositseikkojen arvioinnissa.

Kritiikistäni huolimatta katson, että hypoteesimalli perustuu terveille ja vahvalle pohjalle. Kuten usein käy, teorian kehittänyt tiedemies innostuu ja vie keksintönsä laajemmalle kuin mihin se soveltuu, mutta tämän ei pidä antaa

1893 Sitaatit ovat Dieseniltä, 1994 s. 134 – 135 ja 2015, s. 250 – 251.

1894 Holhoustoimilain 78 §:n mukaan asiassa, joka koskee edunvalvojan määräämistä tai toimintakelpoisuuden rajoittamista, tuomioistuimen on omasta aloitteestaan määrättävä hankittavaksi kaikki se selvitys, joka on tarpeen asian ratkaisemiseksi. Lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 10 §:n 1 momentin mukaan lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva asia on ratkaistava ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti. Tässä tarkoituksessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota siihen, miten huollon ja tapaamisoikeuden tavoitteet parhaiten toteutuvat vastaisuudessa. Kolmnnessa momentissa luetellaan lisää kriteereitä. Neljännessä momentista ilmenee, että huoltokysymys voidaan ratkaista vastoin vanhempien sopimusta, jos on aihetta olettaa, että tämä ratkaisu olisi vastoin lapsen etua.

sumentaa teorian vahvoja puolia. Vaatimus langettavan näytön kattavuudesta eli robustiudesta rikosasiassa ja jo sen miettiminen ja tiedostaminen, että kilpailuvia tapahtumainkulkuja voi olla olemassa, ovat lähtökohtia, joita ei pitäisi vähätellä. On ollut merkillepantavaa, että suomalaisessakin oikeuskäytännössä, aina käräjäoikeuksia myöten, Diesen näyttää olevan toisinaan taustavoimana.

Mikä näyttökynns sitten on vapauttavalla hypoteesilla? Vapauttava hypoteesi ja varteenotettava epäily ovat saman kolikon kaksi puolta. Kun tilanne on se, ettei vapauttavaa hypoteesia voida poissulkea, sen eloonjääminen *vastaa* järkevän epäilyn olemassaoloa. Toisin sanoen päädytään siihen, että tuo epäily pitäisi kaataa *samanvahvuisella näytöllä kuin mikä tahansa järkevä epäily* – esimerkiksi se järkevä epäily, joka jää syyttäjän päänäytön riittämättömyydestä syytteen tueksi – tilanteessa, jossa ei sen kummempia vaihtoehtohypoteeseja edes ole.

11.2.2.4 Omia arviointeja Felaktigt dömda -raportista

Felaktigt dömda -työryhmä piti kaikkia todistusharkintamalleja yhtäläisesti käytännölle vieraina,¹⁸⁹⁵ mutta Diesenin kanssa käymässään debatissa työryhmän jäsenet Axberger, Mentés, Palmgren Goodhe ja Västberg kohdistivat hypoteesimalliin erityistä, purevaa kritiikkiä.¹⁸⁹⁶ Molemmat kritiikit tuntuvat kohtuuttoman väheksyviltä ja jälkimmäinen aika isolta osin jo argumentum ad hominem -tyyppiseltä.¹⁸⁹⁷

Raportin väite, että mallit olisi oikeuskäytännössä yleisesti torjuttu, vaikuttaa hataralta. Sen tueksi viitataan vain yhteen kommentaariteokseen.¹⁸⁹⁸ Jollakulla kirjoittajalla voi olla auktoriteettiasemaa, mutta tuskin kukaan voi analysoida kattavasti, mitä ajatuksia näyttötuomarit ovat lausekkeisiinsa laittaneet ja minkä teorian pohjalta. Havaintojeni mukaan tuomarit niin käräjä- ja hovioikeudessa kuin Korkeimmassa oikeudessa ovat melkoisen kriittistä väkeä – sen lisäksi, että he ovat Virolaisenkin näkemyksen mukaan ”varsin pragmaattista” väkeä. En usko ruotsalaisten ammattituomarien tässä suomalaisista kollegoista eroavan.

Mitä tulee erityisesti hypoteesimalliin, Axberger ym. katsoivat sen ankarasti tulkittuna merkitsevän hyvin ankaraa vaatimusta syyttäjää kohtaan. Tiukasti sitä heidän mielestään tuskin voisikaan soveltaa, mutta jos ”löysätään ruuveja” joiltakin osin, päädytään helposti liian alhaiseen näyttökynnykseen. ”Diesens teori är även ifrågasatt i kommentaren till rättegångsbalken, bl. a. för att den kan leda till ett för lågt beviskrav. Hela metoden med ”alternativhypoteser” tillbakavisas i princip såsom varande alltför osäker.” Kantojensa tueksi Axberger

¹⁸⁹⁵ Felaktigt dömda 2006, s. 53 ja s. 471 alaviite 28.

¹⁸⁹⁶ Axberger ym. JT 2006/2007, (vsk 18) nro 4 s. 988.

¹⁸⁹⁷ Turha ivallisuus alkaa jo todistusoikeudellisia teorioita käsittelevän alaotsikon varustamisesta lainausmerkeillä (”Bevisrättsliga” teorier); Axberger ym. s. 984.

¹⁸⁹⁸ Fitger, Kommentar till rättegångsbalken. tässä 35:39 (Axbergerin mukaan).

ym. viittaavat Fitgeriin¹⁸⁹⁹ ja eliminaatioratkaisuun NJA 1991 s. 56.¹⁹⁰⁰ Ainoa primäärinen oikeuslähde, joka heidän mukaansa voisi antaa tukea Diesenin metodille, ovat HD:n ratkaisut. ”Mutta kuten *annetaan ymmärtää (antyds)* siteeratussa lainkommentaarissa, viitattu HD:n tapaus puhuu hänen teesiään vastaan.”¹⁹⁰¹

Mutta eikö asia ole juuri toisin päin? Fitgerin viitattu teksti ei mielestäni tue Axbergerin ym. näkemystä, vaan pikemminkin Diesenin teoriaa, jos sen välttämättä halutaan jotakin tukevan; mielestäni hän lähinnä selostaa ratkaisua. Mainitussa ratkaisussa NJA 1991 s. 56 HD käsittääkseni sovelsi osittain hypoteesimetodia arvioimalla, oliko mahdollista, että tekijä oli ollut toinen henkilö. Tämä lienee rikosjuttujen kaikkein tavallisin ”vaihtoehtohypoteesi”.¹⁹⁰² HD katsoi, että selvitys ei antanut tukea sellaiselle vaihtoehdolle. Mitään varmuutta ei kuitenkaan ollut siitä, ettei muuta tekijää saarella olisi ollut.¹⁹⁰³ Ratkaisua voi lukea niin, että ensin pohdittavana on ollut näytön robustius – eli Diesenin teorian ensimmäinen askel. Kattavuus oli riittämätöntä sikäli, että sen pohjalta olisi voitu olla varmoja (”någon säkerhet ... inte anses föreligga”). Tässä vaiheessa hypoteesiteoria radikaalimuodossaan kehottaisi jo hylkäämään syytteen. Tällöin olisi hylkäysperusteena kuitenkin näytön puutteellinen robustius, ja tuomion perusteluissa olisi tähän pitänyt kiinnittää huomiota. Tälle linjalle HD ei lähtenyt, ja johdonmukaista oli, että se tällöin otti toisen askeleen eli arvioi positiivisen näytön. Kun tämä oli riittämätöntä, jäi olemaan varteenotettava epäily ja syytteet kaatuivat.¹⁹⁰⁴

Ratkaisunsa alussa HD linjaa kuitenkin obiter-tapaan yleisemmän periaatteen siitä, että pelkkä negatiivinen näyttö ei riitä – muuten kuin poikkeustapauksissa.

1899 Fitger, Kommentar till rättegångsbalken 35:40 (tässä Axbergerin mukaan): ”Att alternativ till åklagarens gärningsbeskrivning inte anses kunna utslutas kan – – – grunda en frikännande dom, medan en brist på alternativ i praktiken sällan kan utan en kausal bevisning för åklagarens beskrivning grunda en fällande dom. I rättsfallet NJA 1991 s. 56 angående ansvar för misshandel och vållande till annans död ansåg HD eliminationsbevisning otillräcklig med hänvisning till att den grundläggande alternativgivande bevisningen var alltför osäker.”

1900 Axberger ym. 2006 – 2007, s. 987 – 988.

1901 Kursivointi tässä JR.

1902 Ellei sitten vaihtoehtohypoteesina pidetä jo teemaa ”syytön”. HD ei nimilaputa päätelyssä käyttämiään polkuja, kuten ei tee myöskään KKO.

1903 Toisin sanoen, tällainen (mahdollisesti vapauttava) hypoteesi otettiin pohdittavaksi, mutta todettiin, ettei selvitys antanut sille tukea. HD 1991 s. 56 lausuu mm seuraavaa: ”Att grunda en fällande dom enbart på den negativa omständigheten att utredningen inte synes ge utrymme för någon alternativ gärningsman kan endast i undantagsfall komma i fråga. Som regel måste därutöver krävas åtminstone stödande bevisning som klargör de väsentliga delarna av händelseförloppet och positivt knyter just den tilltalade vid brottet. I förevarande fall har utredningen visserligen inte gett något stöd för att någon annan person befunnit sig på Gymmerholmen när brottet begicks. Någon säkerhet för att så inte varit fallet kan emellertid inte anses föreligga.”

1904 Aution saaren tapaus NJA 1991 s. 56 on käsitykseni mukaan kurioositeetti, jonka ratkaisu riippuu täysin olosuhteista. Sellainen tilanne, ettei syytteen tueksi mitään muuta näyttöä ole esitettävissä, lienee harvinainen. Sitä on yleensä aina tavallisessa suomalaisessakin asetelmassa, jossa kolme miestä on ryypännyt yhdessä ja aamulla yksi löytyy surmattuna.

Säännönmukaisesti tarvittaisiin ainakin tukitodistelua, joka selvittäisi tapahtumainkulun olennaiset osat ja positiivisesti sitoisi juuri syytetyn rikokseen. HD siis kuitenkin jättää tässäkin oven auki (” i undantagsfall”).

On siis toinen asia, että hypoteesin todennäköisyys voi yleensäkin olla arvioituna liian heikko syyttäjän pääväittämänsä *tueksi esittämää näyttöä* vastaan. Ainakaan tämä HD:n ratkaisu ei kuitenkaan käy perusteluksi hypoteesiteorian torjumiselle, eikä käsittääkseni myöskään Fitgerin kanta.

Axbergerin ym. mukaan Diesenin malli alentaa näyttökynnystä toisestakin näkökulmasta tarkasteltuna eli siksi, että se edellyttää varteenotettavalta epäilykseltä (rimligt tvivel) konkreettisuutta. Kirjoittajat puolustavat ajatusta, että tuomarin tulee hylätä syyte myös pelkän ’tunteen’ perusteella, jonka ei tarvitse olla edes jutun faktojen tukema: – riittää että faktat eivät sulje pois epäilyksen perustetta:¹⁹⁰⁵

”Det som sägs här är ägnat att försvaga beviskravet. Det finns inget som säger att tvivlet skall vara konkret (det kan förvisso vara en känsla – alternativet, att domaren ser sig nödsakad att fälla trots att han eller hon har en känsla av tvivel, är inte särskilt tillatalande), än mindre att det måste underbyggas av fakta i målet (det räcker att fakta i målet inte utesluter det som ger upphov till tvivlet).”

Kiinnitän huomiota käytettyihin ilmaisuihin: ensin käytetään sanaa ’tunne’ (känsla), sitten ’epäilyksen tunne’ ja lopuksi ’epäilys’. Jos tuomarilla on jo ’epäilyksen tunne’, hänen on selvitettävä itselleen, mistä se johtuu, ja jos peruste on relevantti ja pitävä, varteenotettava, syyte on hylättävä. Pohtiminen voi viedä isossa ja vaikeassa jutussa aikaa, mutta juuri tämä on normaalia arkityötä, todistusharkintaa. Hylkääminen ei voi perustua emotionaaliseen tai transsendentaaliseen ’tunteeseen’. Tuskin kirjoittajat sentään tarkoittavatkaan, että ratkaisemisen tulisi tapahtua tunteenomaisesti. Vaikka tuomarin päättely näytöstä ja tosiseikoista olisi intuitiivista, se on kuitenkin lopulta rationaalista – silloinkin kun hän joutuu ottamaan ”viisaana tuomarina” huomioon faktoista ilmikäyvän ilmeisen irrationaalisuuden esimerkiksi syytetyn käytöksessä tekopaikalla. Luonnollisesti epäilyksen täytyy olla konkreettinen, juuri tuohon juttuun ja sen tilanteisiin liittyvä – ja tällöin perustua tai liittyä jutun faktoihin. Mihin muuhun se perustuisi tai liittyisi?

On myös vaikeaa ymmärtää ajatusta, että näyttökynnys jotenkin laskisi siitä syystä, että jutussa ei ole esitettävissä konkreettisiin faktoihin perustuvia vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja. Miten tähän liittyy ajatus, että tuomari ratkaisisi jutun ”tunteen” perusteella, ts. jos hänellä olisi tunne, että henkilö on syytön,

¹⁹⁰⁵ Axberger ym. 2006 – 2007, s. 988.

mutta tuomitsisi kuitenkin syylliseksi? Pidän siis molempia Axbergerin ym. esittämiä väitteitä virheellisinä.

Axbergerin ym. kritiikki olisi mielestäni paikallaan siinä tapauksessa, että hypoteesimalli ymmärretään niin, että syyte muodostaa tapahtumista sellaisen presumption, että se todellakaan ei tarvitse mitään omaa, positiivista näyttöä tuekseen tullakseen hyväksytyksi, jos vaihtoehtoisia tapahtumainkulkua ei löydy. Tällainen mallin tulkinta tekisi ymmärrettäväksi myös edellä esitetyn, 'tunteella' ratkaisevan tuomarin ongelman: ajatus kai on, että vastoin 'tunnetaan' hänen pitäisi hyväksyä syyte (pelkästään?) siitä syystä, että vaihtoehtoisia hypoteeseja ei ole. Tämä tulkintamalli hypoteesiteoriasta ei kuitenkaan ole oikea. Myös Axberger ym. ovat selvästi lähteneet teorian selityksessään kolmen askeleen mallista: ensin tutkitaan näytön vakaus eli robustius, toiseksi syyttäjän syyteensä tueksi esittämä näyttö ja sen riittävyys (positiivinen todistusarvo), ja vasta kolmanneksi mahdolliset vaihtoehtoiset hypoteesit (negatiivinen todistusarvo) – toinen ja kolmas vaihe edellyttäen, että aiemmasta vaiheesta on selvitty eteenpäin. Toinen vaihe on teorian mukaan normaali syyttäjän todistelu syytteen tueksi – jos sitä ei riittävästi ole, syyte hylätään eikä vaihtoehtoisia hypoteeseja tarvita. ”Så blir exempelvis resultatet om bevisprövningen i praktiken begränsas till det tredje ledet, vilket ofta verkar bli fallet.”

Axberger ym. väittää, että malli näkyy useimmin ymmärretyn tällä tavalla,¹⁹⁰⁶ ja viittaa kantansa tueksi jälleen Fitgerin kommentaariin tämän tarkoittaessa Dieseniä: ”Inom doktrinen förekommer – – – numera förespråkare för tanken att man mera allmänt skall kunna komma fram till domen i ett brottmål genom uppställande av alternativa hypoteser”.¹⁹⁰⁷

Käsittääkseni Fitger ei kuitenkaan yleispiirteisellä lausumallaan tarkoita toisen askeleen eli normaalin syytteen tueksi esitettävän näytön vaiheen hylkäämistä. Sellaisen ”vallankumouksen” luulisi kirvoittavan tarkempaa kommentointia. Jos tämä on näin – ja vallankin kun ”praktiikkaa” ei edes olisi olemassa? - Axbergerin ym. lausuma näyttäisi tältä pohjalta olevan väärinkäsitykseen perustuva aiheeton yleistys.

11.2.2.5 Hypoteesimallin soveltamisesta oikeuskäytäntöön Suomessa

Oikeuskäytännössä hypoteesimalli ei uutena mallina liene ”lyönyt itseään läpi” totaalisesti sen paremmin kuin mikään muukaan malli. Tämä ei merkitse sitä, ettei eräitä tähänkin malliin liittyviä piirteitä olisi havaittavissa ratkaisujen perustelutavoissa, jotka vuorostaan heijastavat osaltaan näyttötuomarien

¹⁹⁰⁶ Axberger ym. 2006 – 2007 s. 987 ja alaviite 24.

¹⁹⁰⁷ Fitger, Kommentar till rättegångsbalken kohdassa.35:39, Axbergerin mukaan.

ajattelutapoja todistusharkinnassakin. Rikosjutun näyttöratkaisun perustelutapana voinee sanoa yleistyneen yhä enemmän kirjoitusmallin, jossa ensin todetaan syyttäjän näytön vahvuus ja sen jälkeen lausutaan mahdollisista muista teonkuvauksen selitystavoista, kuten puolustuksen esittämästä vaihtoehdosta – tai ainakin kiistämisen perusteiden pitävyydestä. Avoimesti käytetään ilmausta vaihtoehtoisista tapahtumainkuluista. Tämä kirjoitusmalli selittyy mielestäni luontevimmin kahdella perusteella. Ensinnäkin perusteluilta edellytetään yhä suurempaa täsmällisyyttä, mikä on johtanut puolustusväitteiden hylkäämisen entistä laveampaan perustelemiseen. Toiseksi, tuomioistuimen on joka tapauksessa ollut arvioitava, jääkö syyttäjän näytöstä huolimatta kuitenkin elämään varteenotettava epäily. Epäily voi kohdistua joko siihen, että syyttäjän näyttö sellaisenaan jää vajaaksi – ääritilanteena ”no case to answer” – tai siihen, että puolustuksen esittämät vastasyyt ja niiden tueksi esittämä vastatodistelu merkitsevät varteenotettavan epäilyksen jäämistä olemaan. Varteenotettava epäily ”instituutiona” taas on vanha common law’n työkalu, mutta voi hyvinkin olla, että teoria on myös meillä jouduttanut sen käyttöönottoa.¹⁹⁰⁸

Edellä alkuperäistodennäköisyyden ja lähtökohtaisen todennäköisyyden käsittelyn yhteydessä olen maininnut kaksi ennakkopäätöstä, KKO 2018:3 ja 2019:2. Noiden teemojen lisäksi tuomiot, joissa on kysymys syytetyn nimellä ja osoitteella ulkomailta tulleista huumelähetyksistä, käyvät esimerkeiksi ainakin kahdesta todistusharkintateoriasta. KKO kaipaa tukitodistelua (aikaisemman jutun kohta 14 ja jälkimmäisen kohta 9).¹⁹⁰⁹ Ratkaisuissa pohditaan varteenotettavien vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen todennäköisyyttä (edellisen ratkaisun kohta 20, jälkimmäisessä 15 – 19). Lähtökohtaisesti varsinaisia vaihtoehtoja on vain kaksi, joko syytetty tai joku muu syytetyn nimeä käyttäen. Se, että syytetty pelkästään kiistää olevansa tekijä, ei ehkä vielä olisi varsinainen ”hypoteesi” teorian mielessä, vaikka kylläkin todellisuudessa; se toistuu rikosprosessissa sangen usein. Tilanne aiemmassa jutussa muuttuu, kun syytetty kohdassa 17 kertoo erimielisyyksistä ”erään henkilön” kanssa. Mukaan tulee tulee ulkopuolisen tekijän motiivin pohdinta: *miksi* ulkopuolinen tekijä olisi tilannut toisen eli syytetyn nimellä? Ulkopuolisen mahdollinen motiivi, kosto tai kiusanteko, tulee esille jälkimmäisessä kohdassa 15. Tämä taas on parhaaseen selitykseen pääsemistä korostavan teorian ”reviiriä”. Motiivi ei ehkä ole ”tapahtumainkulku”, mutta antaa kuitenkin sisältöä ja vieläpä erilaisia vaihtoehtoja tapahtumainkululle, ja hypoteesit saavat hahmon. Kokonaisuus on omintakeinen

1908 Ks. Frände 2009, s. 367, alaviite 8.

1909 Tämä, sinänsä näyttökynnyksen ja todistusharkinnan kannalta relevantti tukitodisteluvaatimus on jätetty tarkemmin (”yleensä”) perustelematta. Viittauksena olisi kai voinut mainita, ettei ole aivan harvinaista, että toisen nimellä ja osoitteella tilataan kiusantekomielessä tavaraa esimerkiksi posti- tai verkkomyyntistä; käytännössä on multakuormiakin tilattu vahingoittamismielessä toisen pihalle. On kuitenkin parempi, ettei perusteluja paisuteta enää nykytilasta, ei todistusharkinnankaan kohdalta, pienillä yksityiskohdilla.

sekoitus ainakin näistä teorioista. Vieraan taustamotiivi jää ensimmäisessä jutussa arvailujen varaan, jälkimmäisessä siihen on hiukan enemmän aineita (mahdollinen velkaantuminen).

Tolvanen on lausunut ennakkopäätöksenkin KKO 2018:3 osoittavan, että ”Suomessa on vähitellen omaksuttu hypoteesimetodi vallitsevaksi näytön arvioinnin tavaksi.”¹⁹¹⁰ Hän toistaa lausumansa ennakkopäätöstä KKO 2019:2 kommentoidessaan.¹⁹¹¹ Hän ei rajoita arviotaan rikosjuttuihin. Itse ajattelen väljemmin. Vaihtoehtoja on aina pohdittu, ja jos rikoksen ulkoinen tapahtuminen on riidaton tosiseikka, sille voidaan joutua etsimään tekijöitä. Minkä tahansa syytteelle – tai kanteelle – mahdollisen vaihtoehdon esittäminen, kuten jo pelkkä kiistäminen, ei oikein riittäne osoitukseksi tietyn teorian ”noudattamisesta”; asia lienee pikemminkin niin, että tuollaista ajattelutapaa on sovellettu niin kauan kuin oikeutta on käyty, vaikka menettelyn nimestä ei ole ollut tietoa. Tuomioistuimien on jo viran puolesta velvollinen ottamaan pohjaksi ja pitämään hengissä perusvaihtoehdon eli syyttömyysolettaman. Jos taas ajatellaan hypoteesimallia siinä muodossa, kuin Diesen sitä on tuonut esiin,¹⁹¹² eivät nämä ratkaisut osoita mallin ”omaksumista vallitsevaksi näytön arvioinnin tavaksi”. Niissä on Diesenin mallin hyviä piirteitä, kuten argumentaation avoimuus. Todistusharkinnassa on kuitenkin edelleen kenttä vapaa käyttökelpoisten ja oikeusvarmuuden kannalta turvallisten piirteiden omaksumiseen mistä tahansa rationaalisesti perusteltavasta todistusharkintateoriasta.¹⁹¹³

11.3 Parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn malli. Abduktio

Esitellessään parhaaseen selitykseen johtavaa päättelyä ja abduktiota laajasti tuomioistuimen todistusharkinnan kannalta Kolflaath katsoo, että oikeudellinen todistusharkinta voidaan nähdä parhaaseen selitykseen johtavana päättelynä (slutning til beste forklaring¹⁹¹⁴) ja että tämä on katsantotapa, joka ”voi antaa valaistusta ja mahdollisesti lisätä ymmärtämystämme siitä tilanteesta, jossa näytön arvioitsijan (bevisbedømmer) pitää todistelun perusteella ottaa

¹⁹¹⁰ Tolvanen 2018, s. 26 – 28.

¹⁹¹¹ Tolvanen 2019, s. 22.

¹⁹¹² Kun Diesen näyttäisi loiventaneen mallinsa eräitä vaatimuksia, kuten tuomioistuimelle ensin tiukasti asettamaansa velvollisuutta keksiä vaihtoehtoja, mallia saattaa löytyä hiukan eri ”vuosimalleina”.

¹⁹¹³ Kuten Edelstam asian esittää teoksessa Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 173: ”Om HD genom prejudikat skapade regler för hur bevisvärdering skall gå till, skulle detta strida mot principen om fri bevisvärdering.” – Ks. myös Wallerman 2015, s. 245 ja Riekkinen 2014, s. 170.

¹⁹¹⁴ Kolflaath 2007, s. 173, korostaa, että tässä yhteydessä norjan termi *forklaring* tarkoittaa selitystä (explanation) eikä toista merkitystään, todistetta: kysymys ei ole todisteeseen johtavasta päättelystä.

kantaa tosiseikkaan”¹⁹¹⁵. Siitä huolimatta katsoisin itse, että parhaaseen selitykseen johtavaa päättelyä olisi luontevampaa pitää useiden muiden teorioiden ytimenä, ”aputeoriana”, jota hyödynnetään näitä sovellettaessa. Sama pitää paikkansa abduktiiviseen päättelyyn nähden. Molemmat ovat enemmänkin filosofian tai logiikan piiriin kuuluvia teorioita, joilla kuitenkin on paljon käyttöalaa todistusoikeudellisessa päättelyssä. Kuvaavaa parhaaseen selitykseen johtavalle teorialle on, että Kolflaath käy esityksessään läpi useimmat keskeiset todistusharkintateoriat.

Toiset tutkijat, kuten Kolflaath¹⁹¹⁶, samaistavat parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn ja abductionin, toiset pitävät niitä eri asioina, kuten Anderson.¹⁹¹⁷

Abduktio ei ehkä ole omimmillaan käsittelyn osalta päättyneiden tuomioistuinjuttujen todistusharkinnan tutkimiseen. Pikemminkin se soveltunee ”tutkimisketjun” alkupäähän eli esitutkintaan, jossa joudutaan pohtimaan mahdollisia tutkintalinjoja ja painopisteitä.¹⁹¹⁸ Charles Peirce kuvasi abduktiivista päättelyä verraten sitä oivalluksen ”välähdyksiin”. Hän kuvasi abduktiivista päättelyä syllogismina:

Yllättävä seikka E_i on havaittu.

Mutta jos hypoteesi H olisi tosi, E_i olisi itsestään selvä.

Siis on aihetta epäillä, että H voisi olla tosi.

Kun Kolflaath lähtee siitä, miten teema parhaiten selittää todisteen, voisi ajatella, että kysymys on *todistusarvoteorian* mukaisesta ajattelumallista: edetään teemasta todisteeseen.

Näin ei kuitenkaan tarvitse olla. Lähtökohta on se, että käsillä on todiste E , esimerkiksi veritahra. Tämän olemassaololle haetaan parasta selitystä, ja tällöin eräänä vaihtoehtona on syytteen mukainen väite, että veritahra on peräisin uhrista. Muita vaihtoehtoja voivat olla puolustuksen väitteet (*hypoteesit*) että se on peräisin syytetystä itsestään tai hänen ammatistaan (lihanleikkaaja einestehtaassa). Kausaalisuhdetta etsitään, ja sellaisen tarjoaa DNA-tutkimus. Ei ole kuitenkaan mitään tarvetta lähteä todistusarvoteorian rajoitteisiin, vaan voidaan – esimerkiksi *Bayesin mukaisesti*, kun käsillä kerrankin on varmuudeltaan tilastollisesti ilmaistava tosiseikka (kausaalisuhde) – laskea todisteen vaikutus, tai sitten yksinkertaisemmin intuitiivisesti arvioida *teemametodin* mukaisesti, miten hyvin tuo veritahra todistaa tekijäntoimesta. Joka tapauksessa

¹⁹¹⁵ Kolflaath 2007, s. 172 – 173.

¹⁹¹⁶ Kolflaath 2007, s. 172 alaviite 4.

¹⁹¹⁷ Anderson teoksessa Anderson – Schum – Twining 2005 s. 55 – 58. Hän käsittelee abduktiota Peircen hengessä s. 56 – 59. Tähän esitykseni syllogismeineen pohjautuu.

¹⁹¹⁸ Ks. Twining 2006, s 447.

todistajankertomukset ja niiden tulkinta voi antaa hyviä osviittoja siihen, mikä on tahrn paras selitys.

Kolflaath¹⁹¹⁹ lähtee kysymyksestä, minkä tosiseikaston katsotaan parhaiten vastavan todistelua, ja tarjoaa yhdeksi todistusharkinnan luonnehdinnaksi yritystä ratkaista, mikä seikasto parhaiten *selittää* todisteet. Lähtökohtana päättelylle on riidattomana realiteettina annettu asiantila¹⁹²⁰, johon etsitään selitystä. Asiantila voi olla yleinen yhteys – esimerkiksi havaittu lainmukaisuus luonnossa tai havaittu tilastollinen riippuvaisuus ominaisuuksien tai ilmiöiden välillä – tai konkreettinen eli yksilöllinen asiantila. Parhaaseen selitykseen johtava päätelmä on harkinta, joka päättyy johtopäätökseen, että tietty hypoteesi, joka harkinnan premisseihin on valittu parhaana selityksenä annetulle asiantilalle, todennäköisesti¹⁹²¹ on tosi. Johtopäätös seuraa premisseistä loogisella välttämättömyydellä: jos kaikki premissit ovat tosia, johtopäätöksenkin on oltava tosi. Käytännössä voidaan kuitenkin harvoin olla varmoja siitä, että kaikki premissit ovat tosia.¹⁹²²

Kun selitystä etsitään, lähtöoletuksena on Kolflaathin mukaan aina, että etsitään selitystä kysymykseen, miksi käsillä on tämä asiantila toisen asiantilan sijasta. Jos kysymys on asiantilan negaatiosta, kysymys siitä, miksi on asiantila D, on identtinen sen kysymyksen kanssa, miksi D ei-D:n sijasta, mitä Kolflaath pitää triviaalina.¹⁹²³ Hän viittaa Peter Liptoniin, jonka mukaan normaalisti ihmisen etsii selitystä kysymykseen, miksi D E:n sijasta.¹⁹²⁴ Lipton määrittelee, että tuo vaihtoehto on D:n *foil*, täydentävä vastakohta tai vastapari. ”Kontrasttiivinen ilmiö koostuu toiseikasta ja sen täydentävästä vastakohdasta, ja samalla tosiseikalla voi olla useita erilaisia vastapareja.”, Lipton toteaa.¹⁹²⁵

1919 Kolflaath 2007, s. 172 – 174.

1920 Kolflaath 2007, s. 176 – 177 tarkoittaa asiantilalla samaa kuin termille todistelutilanne (bevisituasjonen) antamallaan merkityksellä: ”mitä yksittäiset todisteet itsessään sisältävät, toisin sanoen mitä todistajat tosiasiassa ovat sanoneet kertomuksissaan (forklaringer), mitä tosiasiassa lukee asiakirjoissa, ja niin edelleen. Todistelun tilanne näyttäytyy näytön arvioitsijalle kiistämättömänä realiteettina – esim. onko todistaja, joka on antanut kertomuksensa pääkäsittelyssä, todella/tietävästi (vitterlig) sanonut sen mitä on sanonut.” Kolflaath huomauttaa alaviitteessä 13, että juridista näytön harkintaa leimaavat myös päättelyt, joilla rakenteensa puolesta on paljon yhteistä parhaaseen selitykseen johtavien päättelyjen kanssa, mutta sillä erotuksella, että asiantila *D oletetaan* ennemmin eikä sitä pidetä annettuna. – Laajemmin Kolflaathin todistelutilannekäsitteestä (2013) on edellä kohdassa 6.5.2 (Kolflaathin bevissituasjon).

1921 Kolflaath 2007, s. 175 alaviitteessä 8 huomauttaa käyttävänsä termin probable vastineena sanaa trolig. Kysymys ei ole todennäköisyydestä kvalifioitussa matemaattisessa merkityksessä – pikemminkin on kysymys selityksen plausibiliteetista, uskottavuudesta.

1922 Kysymys ei nähdäkseni siis ole eliminaatiotodistelusta.

1923 Kolflaath 2007, s. 185.

1924 Lipton 2004, s. 33.

1925 Lipton 2004, s. 33. Hän toteaa s. 34, että faktan yksilöiminen ei useinkaan riitä; on yksilöitävä myös vastapari, *foil*. Hän tekee kolme havaintoa faktan ja sen vastaparin yhteydestä: ne voivat olla yhdistettävissä (s. 35), vastakohdan selittäminen on joskus helpompaa kuin yksin faktan (”P ennemmin kuin Q” ei aina selitä P:tä, s. 36) ja vastakohdan selittäminen on joskus vaikeampaa kuin yksin faktan selittäminen (”P:n selittäminen ei aina ole selitys asiantilalle ”P ennemmin kuin Q”, s. 36).

Kolflaath toteaa, että yleisellä tasolla on tuskin mahdollista määritellä sitä, mitkä (selitykset) ovat relevantteja kontrasteja juridisessa näytön harkinnassa. Kontrasti on relevantti ainakin silloin, kun sillä on *oikeudellista* relevanssia. Raja relevanssin ja irrelevanssin välillä riippuu *kontekstista*, joka koostuu osittain näytön arvioitsijan ”sisäisestä” kontekstista (hänen yleisistä tiedoistaan, kokemuksiensa ja normeistaan), osittain ”ulkoisesta” kontekstista, so. pääkäsitte-lystä sellaisena miten pitkälle se on edennyt. Joka tapauksessa juridinen näytön harkinta on dynaaminen prosessi, joka edellyttää, että näytön arvioitsija kykenee *jatkuvasti* muodostamaan relevantteja kontrasteja todisteista, joita pääkäsitte-lyssä esitetään. Näytön arvioitsijan täytyy jatkuvasti evaluoida (relevanssin kannalta) niitä kontrasteja, joihin asianajajat ja muut tuomarit eksplisiittisesti tai implisiittisesti kiinnittävät huomiota pääkäsitte-lyn aikana, ja mahdollisesti itse asettaa relevantteja, spesifisiä kontrasteja. Se mikä on relevanttia (tai mitä pidetään sellaisena), voi muuttua pääkäsitte-ly edistyessä, ja voi vähintäänkin pääkäsitte-lyssä *tulla selvemmäksi* näytön arvioitsijalle, mitkä ovat relevantteja kontrasteja.¹⁹²⁶

Kuten Kolflaath toteaa, selityksiä voidaan etsiä sekä atomistisesti yksittäisille seikoille että holistisesti, mikä tarkoittaa koko todistelutilanteen mukaan otta-mista tarkasteluun hypoteesin muodossa, esimerkiksi Diesenin esittämällä ta-valla. Hypoteesit voivat olla juridisesti soveliaita kategorioita sellaisten erilaisten konkreettisten tapahtumainkulkujen etsikoimiseksi, jotka näytön arvioitsija on *jo* kuvitellut itselleen, mutta niiden asettaminen voi toimia myös *lähtökohtana* näytön arvioitsijan ajatuksellisille konstruktiolle.¹⁹²⁷

Lipton tekee eron aktuaalisten eli paikkansapitävien ja *potentiaalisten* seli-tysten välillä. Jälkimmäiset eivät edellytä, että selitys on tosi, kunhan se sisäl-tää yleisen hypoteesin ja aiheuttaa ilmiön. Päättelyä parhaaseen selitykseen ei tule ymmärtää päättelynä parhaaseen aktuaaliseen selitykseen; ”[s]uch a mode would make us too good at inference, since it would make all our inferences true. Our inductive practice is fallible: we sometimes reasonably infer falsehoods.”¹⁹²⁸

Kolflaath¹⁹²⁹ toteaa parhaaseen selitykseen johtavan päättelyn käsitteen edel-lyttävän, että selityksiä voidaan vertailla niiden hyvyyden suhteen ja että näy-tön arvioitsijalla siis on *kriteeri* selityksen hyvyyden arvioimiselle. Hän viittaa Liptoniin¹⁹³⁰ ja tämän käsitteisiin ”the likeliest explanation” ja ”the loveliest ex-planation”: edellisessä on kysymys siitä, mikä selitys on *todennäköisin* tai

1926 Kolflaath 2007, s. 186 – 187.

1927 Kolflaath 2007, s. 187 – 191. Kun hypoteeseja ei ole muotoiltu jutun konkreettisen todistelutilanteen pohjalta, ne epäonnistuvat usein. Tästä Kolflaath etenee kertomusmalliin, jolla hypoteeseja hänen mukaansa voidaan tämentää, sekä todistusarvo- ja teemmetodin kuvauksiin.

1928 Lipton 2004, s. 57.

1929 Kolflaath 2007, s. 201 – 202.

1930 Lipton 2004, s. 57 ja 59 – 62. Lipton määrittelee s. 59: ”Likeliness speaks of truth; loveliness of potential understanding”.

uskottavin, jälkimmäisessä siitä, mikä selitys on *valaisevin* – edellinen koskee siis totuutta, toinen selitysvoimaa. Monissa tilanteissa todennäköisin tai uskottavin selitys on hyvin triviaali ja sen vuoksi vain vähän valaiseva, Kolflaath lausuu ja toteaa, että todennäköisimmän tai uskottavimman ja valaisevimman selityksen välinen ero ei ole relevantti ainoastaan silloin, kun on puhe todistelutilanteen selittämisestä kokonaisuutena, vaan joissakin tilanteissa myös yksittäisen bevisdatan selittämisille.

Kolflaath¹⁹³¹ toteaa, että kun asiayhteytenä on juridinen näytön harkinta, on uskottavaa, että totuuden täytyy olla ensisijainen ymmärrykselle, ”ei vähiten sen valossa, että Lipton asettaa yhtäläisyysmerkit ”the likeliest explanation’in” ja ”the explanation best supported by the evidence’n” välille.”¹⁹³² Mutta valaisevien selitysten käsitteellä on relevanssia juridiselle näytön harkinnalle ainakin psykologisella tasolla. Kolflaathin mukaan voidaankin väittää, että selitysvoiman käsitteestä tämän myötä tulee puhtaasti psykologinen käsite, ja että sen seurauksena se ei voi sisältyä normatiiviseen teoriaan siitä, mikä on rationaalista päättelyä. Ristiriita totuuden ja ymmärryksen – todellisuuden ja psykologian – välillä ei ole hänen mukaansa välttämättä kuitenkaan suuri: Lipton¹⁹³³ nimittäin olettaa, että selitysvoima yleisesti voidaan nähdä merkkinä totuudesta, ja että valaisevimpaan selitykseen johtavat päätelmät sen vuoksi ovat oikeutettuja – yleinen oletamus on, että ”the explanation that would, if true, provide the deepest understanding is the explanation that is likeliest to be true”. Kolflaathin mukaan seurauksena tästä on, että ”loveliness and likeliness will tend to go together, and indeed loveliness will be a guide to likeliness”, kuten Lipton sanoo.¹⁹³⁴

Kolflaath¹⁹³⁵ katsoo selitysvoiman käsitteen olevan relevantein tilanteissa, joissa on olemassa *poikkeama* odotetusta tai normaalista – ilman poikkeamaa ei ole psykologista epämukavuutta, josta selitys voi vapauttaa. Yleisemmin on *normatiivisesti* tehtävä se johtopäätös, että juridisessa näytön harkinnassa täytyy olla kysymys todennäköisimmän tai uskottavimman selityksen löytämisestä, hyväksyttiinpä tai hylättiinpä käsitys, että selitysvoima näyttää tietä totuuteen. Mutta on deskriptiivisemmin todettava, että valaisevilla selityksillä voi olla suuri psykologinen läpilyöntivoima.

1931 Kolflaath 2007, s. 203 – 204.

1932 Kolflaath viittaa Liptonin 2004, sivulle 57 ja huomauttaa, että Lipton ei tässä puhu nimenomaisesti juridisesta näytöstä.

1933 Lipton 2004, s. 61.

1934 Lipton 2004, s. 61. Liptonin perustelu (s. 139 – 140, 148, 150 – 151, ja 157 – 163) tälle on, että arviomme ”loveliness’istä” usein tapahtuvat jo syntyneiden sellaisten *olettamusten taustaa vasten, joihin on perusteita luottaa*, ja että on perusteita luottaa siihen, että se selitys, joka sellaista taustaa vasten näyttää valaisevimmalta, on tosi. (kursivointi JR).

1935 Kolflaath 2007, s. 204. Kursivointi Kolflaathin.

Kolflaath¹⁹³⁶ tiivistää, että parhaaseen selitykseen johtava päättely on sama asia kuin todennäköisimpään tai uskottavimpaan selitykseen johtava päättely, joko triviaalina päättelynä välittömästi annetusta asiantilasta tai ei-triviaalina päättelynä selitysvoinan kautta. Lähtökohtaisesti on lähimpänä käyttää sanaa ”todennäköisyys” sanan ”likeliness” käännöksenä mutta ”uskottavuus” eli plausibiliteetti on usein osuvampi, kun asiayhteytenä on juridinen näytön harkinta, hän toteaa.

Kun on kysymys selityksen uskottavuudesta, Kolflaath¹⁹³⁷ lainaa John R. Josephsonin määritystä (”On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation, s. 304):

”Selitys on uskottava, jos se on sisäisesti johdonmukainen (consistent), konsistentti tunnettujen tosiasioiden kanssa, ei erittäin implausiibeli, ja sen täytyy edustaa ”todellista mahdollisuutta” eikä pelkästään loogista mahdollisuutta. Todellinen mahdollisuus ei olela minkään tunnetun luonnonlain rikkomista eikä se olela mitään sellaista käyttäytymistä joka on täysin ainutkertaista ja ennalta-arvaamatonta, eikä mitään äärimmäisen epätodennäköistä yhteensattumien ketjua.”

Kolflaath¹⁹³⁸ tekee vielä rinnastuksen rikosprosessuaaliseen näyttökynnykseen katsoen, että loogisen ja todellisen mahdollisuuden välinen ero näyttää joka tapauksessa vastaavan kutakuinkin eroa ”hypoteettisen” tai ”teoreettisen” epäilyksen ja ”kohtuullisen ja järkevän” (rimelig og fornunftig) epäilyksen välillä, joka usein vedetään esiin keskusteltaessa rikosoikeuden näyttövaatimuksesta. Tärkeämpää näytön harkintaa parhaaseen selitykseen johtavana päättelynä koskevalle tutkimukselle on kuitenkin se, että selitykset voivat olla uskottavia olematta todennäköisiä, ja edelleen, että uskottavuutta ei kokonaisuutena ottaen voida tarkastella asteena todennäköisyysasteikolla. Erona todennäköisyyden ja uskottavuuden välillä on – sen lisäksi mitä jo on sanottu – että *sekä* väite tietyn asiantilan todellisuudesta että sen väitteen negaatio niukasti todistelua sisältävissä tilanteissa voivat olla uskottavia, plausiibeleita, samanaikaisesti, kun taas standardi todennäköisyysteoria sulkee pois sen, että molemmat väitteet ovat todennäköisiä.¹⁹³⁹

1936 Kolflaath 2007, s. 204. Käännöksestä hän huomauttaa, että Lipton 2004, s. 59 käyttää avoimesti ilmauksia ”likeliest” ja ”most probable” synonyymeinä.

1937 Kolflaath 2007, s. 207 – 208.

1938 Kolflaath 2007, s. 208.

1939 Kolflaath 2007, s. 208 alaviitessä 93 lausuu edellyttävänsä tässä, että fraasi ”on todennäköistä, että...” ei voi tarkoittaa vähempää kuin todennäköisyyden overvektia, vahvemmuutta.

11.4 Kertomusmalli ja muut vastaavat

11.4.1 Esittelyä

Uudehko¹⁹⁴⁰ tutkimusote myös todistusoikeuden piirissä on narratologia eli kertomusmalli, story telling. Narratiivit eli kertomukset eivät itsessään ole uusi ilmiö, eivät varsinkaan todistusoikeuden piirissä. Siellä on vanhastaan totuttu puhumaan jopa lakitasolla kertomuksista. Narratiivien analysointia erityisesti todistajanpsykologian, kuten kertomusten luotettavuuden, kannalta on tutkittu laajalti niin common law'n kuin mannermaisen tradition oikeuskirjallisuudessa.

¹⁹⁴¹ Tosin vanhemmassa kirjallisuudessa ei välttämättä ole välttämättä käytetty narratiivi-sanaa.

Narratologian tutkimusotteelle on ominaista tutkia kertomuksia, joilla on alkuasetelma, sisältö ja loppu.¹⁹⁴² Kun todistajankertomus yleensä keskittyy tiettyyn melko rajattuun tapahtumaan tai muutoin kohteeltaan määrättyihin havaintoihin, narratologinen tutkimusote prosessioikeudessa voi keskittyä ajallisesti ja sisällöllisesti laajempaan kokonaisuuteen ja ottaa huomioon, että tapahtumiin tai kohteeseen kuuluu muutakin kuin oikeudenkäynnin kannalta relevantit tai sellaisilta näyttävät seikat. Kertomus voi alkaa arkielämän tapahtumista jo ennen kuin oikeudenkäynnistä on mitään tietoa. Voidaan toisaalta hyödyntää myös oikeuden tekstejä tekstianalyysia suorittamalla. Todistusharkinnalle ominaiseksi voi luonnehtia holistista näkökulmaa.¹⁹⁴³

Kolflaath on tiivistänyt, että narratiivimallin piirissä puhutaan mieluummin plausibiliteetista, uskottavuudesta, kuin ”tieteelliseltä kuulostavasta todennäköisyydestä ja että todistusharkintaa tarkastellaan näyttötuomarin yrityksenä

1940 Lindell 2015, s. 210 nimittää narratiivista todistusharkintaa ”postmoderniksi ilmiöksi”.

1941 Twining 1997, s. 824 – 825 on katsonut, että alankomaalaiset tutkijat, johtajanaan professori Hans Nijboer of Leiden, ovat tuoneet nykyiset angloamerikkalaiset ajatukset Euroopan mantereelle, ja siinä prosessissa stimuloineet mielenkiinnon elpymään mannermaisten oikeusjärjestelmien piirissä toteennäyttämisen teorian ja käytännön tutkimukseen. Hiljattain on Alankomaissa psykologian piirissä analysoitu ja kritisoitu maan rikosprosessia ”ankkuroitujen narratiivien” (”anchored narratives”) teorian pohjalta, joka viittaa vahvasti USA:n kirjallisuuteen. ”Kertomusmalli” ei rajoitu valamiehistöihin eikä common law'n adversiaaliseen prosessiin.

1942 Narratologian historiasta ja pääpiirteistä antaa kuvauksen Björling 2017, s. 36 – 38. – Sanan taustalla on epäilemättä latinan sana narrare. DenBoer 1990, s. 349 -350: narratiivi: taustalla sana narri (saksassa, hollannissa), Englannissa taas nar oli jäsen kuningashuoneen chamberin 1500-luvun yhdistyksessä, jotka oli organisoitu killoiksi tarkoituksena edistää runouden, teatterin ja retorikan taitoja. Common law'n piirissä narratorit olivat ensimmäisiä laintuntijoita, ja he olivat puhujia, retorikkoja tai suullisia *pleaders* kuninkaan tuomioistuimissa common law'n kehittymisen aikakautena. Narratiivi tarkoitti aiemmin fiktiivistä kertomusta, mutta laajeni myöhemmin tarkoittamaan myös tosiseikkoja. Den Boer määrittelee s. 350, että sanojen 'narratiivinen' ja 'narratio' nykyinen tieteellinen merkitys on rajoittunut verrattuna sen merkitykseen tavallisessa kielenkäytössä. Noiden termien säännönmukainen käyttö viittaa myös kertomisen aktin subjektivisuuteen ja fiktiivisyyteen.

1943 Gräns 2003, s. 188 – 189 viittaa kertomusmallin yhteydessä myös rakenteelliseen näyttöön. Hän viittaa myös legaalilmaisuuksiin kaikkien esiin tulleiden seikkojen huolellisesta harkinnasta ja katsoo tämän osoittavan, ettei lainsäätäjää ”eksplisiittisesti kielläkään sitä mahdollisuutta, etteikö kertomusten paremmuudella saisi olla merkitystä”.

ymmärtää todisteet hermeneuttisessa prosessissa, jossa sovelletaan suurempaa jatkuvuuden astetta subjektin (näyttötuomarin) ja objektin (näyttötilanteen) välillä kuin mitä positivistinen tieteenihanne tekee mahdolliseksi.” Kolflaathin mukaan todistusteoreettinen kertomusparadigma voidaan nähdä reaktiona sellaista todistusteoriaa vastaan, joka perustuu sille, että yksittäiset todisteet voidaan arvioida erillisinä ja niille voidaan antaa kutakuinkin luotettava näyttöarvo. Mielikuva *mitattavissa olevasta* todellisuudesta tulee siis vähemmän esille kuin Ekelöfin teoriassa, mutta kertomusparadigma on ainakin yhdistettävissä mielikuvaan totuudesta todistusharkinnan päämääränä (ilman että edellytetään, että on olemassa vain yksi ainoa tosi kertomus).¹⁹⁴⁴

11.4.2 Kertomukset: ”välttämättömiä mutta vaarallisia” (Twining)

Twining on vuonna 1997¹⁹⁴⁵ analysoinut kertomusten yleistymiseen liittyviä seikkoja. Hän on huomauttanut, että vallitsee ilmeinen jännite toisaalta tiettyjen menneiden tapahtumien rekonstruktioon liittyvän ”holistisen” kertomusmallin psykologisten kuvausten ja toisaalta ”atomististen” analyttisten tosiseikkakysymyksiä koskevan päättelyn kuvausten kesken. Loogikot vakuuttavat, että taustalla olevat yleistyket ovat välttämättömiä tehtäessä päätelmiä tosiseikkakysymyksistä; psykologisesti suuntautuneet pitävät kertomuksia välttämättöminä päätöksentekoprosessissa tässä yhteydessä. Twiningin mukaan on hyvin helppo osoittaa, että molemmat ovat potentiaalisesti kumouksellisia, jos niitä tarkastellaan tosiseikoista päättämisen oikeaoppisten rationalististen käsitteiden pohjalta. Hänen mukaansa niin yleistyket kuin kertomukset ovat välttämättömiä mutta vaarallisia tässä asiayhteydessä.¹⁹⁴⁶ Kertomukset ovat vaarallisia siinä, että niitä voidaan usein käyttää vahingoittamaan logiikan standardeita, vetoamaan tunteisiin paremmin kuin järkeen, ja turmelemaan oikeudellisia periaatteita ja konventioita.

Twiningin mukaan¹⁹⁴⁷ Bennettin ja Feldmanin, Penningtonin ja muiden empiiriset tutkimukset tuovat esiin, että amerikkalaiset juryt määräävät ”totuuden” väitetyistä menneistä tapahtumista pääasiassa tulkitsemalla ja vertailemalla kertomuksia sen sijaan, että ne kriittisesti evaluoisivat argumentteja todistelusta. Nämä havainnot on vahvistettu muilla tieteenaloilla, kuten lääketieteellisessä diagnostiikassa ja historiassa, ja ne ovat laajentuneet tuomioistuimen ja poliisin faktadeterminaatioon.

1944 Kolflaath 2013 A, s. 95. Kursivoinnit Kolflaathin.

1945 Twining 1997, s. 827 ja 2006, s. 336.

1946 Yleistysten vaaroista myös Murphy 2005, s. 5 ja s. 116.

1947 Twining 1997, s. 827 – 828 ja 2006, s. 336. ”Laajalti hyväksytty väittämä on, että ihmiset tarvitsevat kertomuksia tehdäkseen tietynlaisia ratkaisuja ja, yleisemmin, saadakseen maailmaan järkeä.”

Twiningin mukaan¹⁹⁴⁸ Bennett ja Feldman sanovat niitä käytettävän aukkojen täyttämiseen; muut esittävät, että ollakseen vakuuttuneita triers of fact'ien täytyy selittää inhimillistä motivaatiota ja toimintaa, vaikka motiivi ei olekaan oikeustositseikka (material fact), tai kun ratkaistavina olevat faktat liittyvät staattisen tilanteeseen tai yhteen ainoaan ”yksinkertaiseen” faktaan, kuten identiteettiin. Erimielisyyttä on siitä, ovatko kertomukset psykologisesti välttämättömiä kaikissa tilanteissa, joihin liittyy faktadeterminaatiota oikeudellisissa konteksteissa (esim. identiteetti motiivitomassa murhassa), mutta näyttää olevan yksimielisyys siitä, että niiden tunnetaan käytännössä olevan hyvin tärkeitä suuren osan aikaa.

Twining katsoo,¹⁹⁴⁹ että kertomusten kertomisen voidaan näyttää olevan vaarallista oikeudellisissa asiayhteyksissä sikäli, että ”sitä voidaan käyttää (ja usein käytetään) rikkomaan tai kiertämään konventionaalisia oikeudellisia normeja koskien relevanssia, luotettavuutta, kattavuutta (completeness), ennakoasenteen vaikutusta (prejudicial effect) ja niin edelleen. Laajalti kertomisen katsotaan vetoavan intuitioon ja tunteeseen ja sitä pidetään välineenä ”irrationaalisten taivuttelukeinojen” mukaan tuomiseen.” Twining luettelee seuraavia vaaroja:

- (a) irrelevanttien seikkojen salakuljettaminen
- (b) keksittyjen tai perustelemattomien seikkojen salakuljettaminen
- (c) faktojen esiintuominen vihjailemalla
- (d) huomion keskittäminen toimijaan toimen sijasta
- (e) vetoaminen piileviin ennakkoluuloihin tai stereotypioihin
- (f) kertomuksen kertominen emotionaalisesti sävyttyneellä kielenkäytöllä
- (g) sellaisen tarinan kertominen, joka saattaa herättää sympatiaa puhujaa tai uhria kohtaan, mutta on irrelevantti argumentoinnin kannalta
- (h) epäilyttävien analogioiden käyttäminen
- (i) kertomus voi horjuttaa tai turmella juridiset erottelut tosiseikkojen, oikeudellisten seikkojen ja luonteenlaatuun liittyvien seikkojen välillä ja yleisemmin tosiseikkojen ja arvojen välillä, ja
- (j) hyvät kertomukset työntävät pois totta olevat kertomukset.

Twining huomauttaa vielä,¹⁹⁵⁰ että hyvän kertomuksen käsite on todellisuudessa moniselitteinen. Se voi tarkoittaa vain ”hyvin kokoonpantua” kertomusta, mikä viittaa sen sisäiseen rakenteeseen ja koherenssiin, tai se voi viitata sopivuuteen eri tarkoituksiin tai todelliseen tehoon kuulijakunnan suhteen. ”Kertoja voi liioitella jotakin tapahtumaa saadakseen ihmiset nauramaan, herättääkseen sympatiaa tai oikeuttaakseen oman roolinsa siinä; kuulijakunta voi pitää kertomusta

1948 Twining 1997, s. 827 – 828 ja 2006, s. 336.

1949 Twining 1997, s. 828 ja 2006, s. 336.

1950 Twining 1997, s. 828 alaviite 20.

hyvänä, koska se on mielenkiintoinen tai jännittävä tai yllättävä tai vakuuttava. Narratiivien taistelussa on usein kaksi kilpailevaa versiota tapahtumista, ja toisen puolen vahvistamiseksi voi olla kiusausta kaunistella tai venyttää tosiseikkoja niin että vahvistaa omaa asiaansa. Voi myös sattua, että kertomusta ei pidetä hyvänä, koska se loppuu ilman huipennusta tai siinä ei ole enää ydintä tai mitään mieleenjäävää – kuitenkin se voi yhtä kaikki olla totta. Rikosjutuissa yhtenä vaarana on, että tosiasioista päättävä voi tuntea houkutusta uskoa kertomus, koska siitä ilmenee, että rikos on tullut ”ratkaistuksi” tai koska jokin muu versio tapahtumista voi olla uhkaava tai häiritsevä jollakin muulla tavalla. Lopulta kertomus voi olla houkutteleva, koska se on tuttu ja sopii kokonaisuuteen, jonka henkilö tunnistaa, Twining lausuu.

Käsitellessään kertomusten ja yleistysten välistä suhdetta Twining toteaa, että voidaan esittää vastaväite, että nämä kaksi tekijää soveltuvat diskurssin eri puoliin. Yleistyksen ovat loogisesti välttämättömiä rationaalisen argumentin kontekstissa; kertomukset ovat psykologisesti välttämättömiä inhimillisessä päätöksenteossa. Loogiset ”vaarat” ovat erilaisia kuin huonon ”arvostelukyvyn” aiheuttamat vaarat.¹⁹⁵¹

Twining¹⁹⁵² lähtee itse siitä, että eräät kertomusten kerronnan funktiot liittyvät inhimilliseen vuorovaikutukseen ja kommunikaatioon, eikä niillä ole funktiota argumentoinnissa.¹⁹⁵³ Kertomuksilla näyttää kuitenkin olevan oma paikkansa myös argumenttien joukossa, ja tällöin voidaan esittää kysymyksiä niiden legitimaatiosta, validisuudesta tai vakuuttavuudesta. Eräät kertomusten vaaroja koskevista väitteistä näyttävät viittaavan rationaalisuuden standardeihin. Esimerkiksi kertomusta, joka voittaa sympatiaa puhujalle sellaisenaan, riippumatta asiakysymyksestä, voidaan kritisoida irrelevanttina argumentoinnin kannalta; kun hyvä kertomus työntää pois totta olevan kertomuksen, sitä voidaan kritisoida sillä perusteella, että sen viehätys liittyy johonkin muuhun asiaan kuin totuuteen (esimerkiksi kiihtymys, vakuuttelu, kiihottaminen), ja sille annetaan epäasiallista painoarvoa. Silloin kun kertomusta käytetään täyttämään aukkoja todistelussa, sen oikeuttava teho voi olla vähäinen tai olematon, ja tuntuu oudolta sanoa, että tosiasiakysymystä koskevaa argumenttia tuetaan väittämällä, että tilanne on analoginen fiktiokirjallisuudessa tai vertauksessa esitetylle. Hyvin muodostetun kertomuksen tulee olla koherentti, mutta ollakseen tosi sen täytyy olla sekä uskottava että erityisen todistelun tukema. Uskottavuutta testataan

¹⁹⁵¹ Twining 2006, s. 337.

¹⁹⁵² Twining 1997, s. 829 - 830 ja 2006 s. 337.

¹⁹⁵³ Twining mainitsee esimerkkinä, että asianajajan suullisessa esityksessä kertomuksia voidaan legitimoidusti käyttää vetämään puoleensa ja pitämään yllä mielenkiintoa, asetettuna ymmärrettävään asiayhteyteen, ja tarjoamaan konkreettisia illustraatioita ymmärtämisen avuksi. Niitä saatetaan tietysti käyttää huomion kääntämiseen pois tai sympatian saamiseen puhujalle tai uhrille, riippumatta siitä, mistä asiassa on kysymys ja niin päin pois. Niinpä eräät vaaroista liittyvät kommunikaatioon eikä argumentaatioon, hän toteaa.

taustayleistyksillä; tiettyjen faktoja koskevien johtopäätösten totuutta testataan tietystä todistelusta käsin pääättelemällä.

Twining arvelee,¹⁹⁵⁴ että päälinkki kertomusten ja yleistysten välillä on ”tietovaraston” ajatuksessa. ”Tietovarasto’ ei koostu yksilöidyistä, empiirisesti testatuista ja valmiiksi muotoilluista väitteistä; pikemminkin ihmisillä on sekä yksilöinä että kollektiivina huonosti määriteltyjä kasautumia uskomuksista, jotka tyypillisesti koostuvat sekavasta hyvin perustellun informaation, sofistikoitujen mallien, anekdootinomaisten muistojen, vaikutelmien, kertomusten, myyttien, sananlaskujen, toiveiden, stereotyyppien, spekulatioiden ja ennakkoluulojen keitoksesta. Tosiseikat ja arvot eivät ole jyrkästi erillään, eivät liioin tosiseikat, mielikuvitus ja fiktio. Yksilön tai yhteisön ’tietovarastossa’ ei voi olettaa vallitsevan johdonmukaisuutta eikä koherenssia, eikä sisältö koostu yksinomaan tai pääasiallisesti valmiista yleistyksistä saati empiiriluonteisista laeista. Uskomukset saattavat perustua syvälle kertomuksiin, esimerkkeihin, kokemuksiin ja muihin vastaaviin, jotka ovat erityisiä ja joita ei ole ehkä lausuttu yleisessä muodossa. Ei voida pitää itsestään selvänä, että yhteisöllisen ’tietovaraston’ sisällöstä tai uskomuksista vallitsee suuri yksimielisyys, erityisesti moniarvoisessa tai monikerroksisessa yhteiskunnassa. Lisäksi se, mikä ”terveestä järjestä” eli ’common sensestä’ todella on yhteistä, common, annetussa yhteisössä, on suhteellista aikaan paikkaan ja pääasiaan nähden. Uskomukset vaihtelevat ja uskomukset muuttuvat. Kertomuksen’ ja ’tietovaraston’ ideoita voidaan kohdella kulttuurillisina lähes universaaleina, vaikka tunnustetaan niiden vaihtelevuus ajan ja tilan suhteen. Alaryhmienkin piirissä tämä antaa paljon sovellusala monimuotoisuudelle ja sen vuoksi ’relativismille’, ainakin heikossa merkityksessä”, Twining toteaa.

Twining ei luonnollisestikaan ole ainoa, joka on epävarma kertomusmallin edessä. Diesen näyttää suhtautuvan mallin holistiseen arviointiin melko penseästi, mikä sinänsä kuvaa pohjoismaissa vanhastaan, jo ainakin RB:n voimaantulosta vallitsevaa atomistiseen tarkasteluun tottunutta harkintatapaa.¹⁹⁵⁵

11.4.3 Toinen näkökulma: ”kaikkein paras todistusharkintamethodi”

Gräns on analysoinut kertomusmallia hollantilaisen Willem Albert Wagenaarin ja tämän tutkimusryhmän näkemysten pohjalta. Wagenaar on katsonut, että ”ankkuroitujen kertomusten teoria” on kaikkein paras todistusharkintamethodi, mutta se on riittävän varma ja luotettava vain, jos seuraavat väittämät ovat loogisella välttämättömyydellä tosia:

1954 Twining 1997, s. 830 - 831 ja 2006, s. 338.

1955 Diesen 2015 - 2016, s. 673 - 674 (”Bevisen ska värderas ett och ett, inte i klump.”)

1. On todennäköisempää, että kertomus, joska sisältää hyvän tarinan elementit, on tosi, kuin että kertomus, josta jokin hyvän tarinan elementti puuttuu, on tosi.
2. On epätodennäköistä, että ei-tosien kertomusten tueksi voitaisiin löytää näyttöä.
3. Tuomioistuimet hyväksyvät vain sellaisen näytön, joiden taustalla olevat kokemussäännöt ovat riittävän varmoja ja luotettavia.
4. Tuomioistuimet osaavat luotettavasti arvioida, milloin kokemussäännöt ovat niin varmoja ja luotettavia, että näytöstä voi tehdä johtopäätöksiä ”kaiken järkevästä epäilyksen yläpuolella”
5. Tuomioistuimet vaativat aina riittävän paljon näyttöä.
6. Tuomioistuimet käyttävät samoja menetelmiä ja kriteereitä analysoidessaan kertomuksia riippumatta siitä, onko kertomuksen esittäjänä syyttäjä vai vastaaja, ja antavat etusijan syytetyn kertomukselle, mikäli sitä koskeva kriteeri täyttyy.¹⁹⁵⁶

Gräns toteaa, että mikään edellytyksistä ei täyty loogisella välttämättömyydellä. Teorian käyttöä on sen vuoksi rajoitettava, jotta se täyttäisi rationaalisuuden vaatimukset, mutta myös siksi, että sen mukainen heuristiikka on hänen mielestään tosiasiapremissejä perusteltaessa suoraan lain vastainen, kun kyseessä on *langettava tuomio rikosjutuissa*. Gränsin mukaan ankkuroidujen kertomusten heuristiikkaan sisältyy ainakin seuraavat viisi lain kanssa selvästi ristiriitaista elementtiä:¹⁹⁵⁷

1. päätöksentekijöiden vakuuttuneisuus syyllisyydestä ei teorian mukaan perustu ensisijaisesti jutussa esitetyn näytön analyysiin,
2. teorian mukaan syyllisyys katsotaan käytännössä toteennäytetyksi, mikäli syyttäjä esittää (hyvän kertomuksen ja sen lisäksi) ainoastaan *jotakin näyttöä* syytteesä tueksi;
3. vastanäytölle ei teorian mukaan anneta sitä merkitystä, joka sillä *loogis-rationaalisesti* on;
4. (mikä pahinta) todistusharkinta ei sen mukaan perustu *syyttömyysolettamaan*; ja
5. vaikka näyttöharkinta on useimmissa tapauksissa välttämättä luonteeltaan pelkkää todennäköisysharkintaa, siitä muodostuu teorian mukaan *käytännössä informaation valinta - ja/tai tulkintaprosessi*, jossa faktojen tieteellisestikin kiistattomia merkityksiä jopa täysin mitätöidään.

¹⁹⁵⁶ ”Wagenaar ym. s. 41 – 42” – Gränsin kautta, 2003, s. 208 – 209.

¹⁹⁵⁷ Gräns 2003, s. 209 – 210.

11.4.4 Muita näkökohtia kertomuksista

Ruotsissa **Lena Schelin 2007** on esittänyt ajatuksia, jotka ainakin jossain määrin liittyvät kertomusmalliin. Tutkiessaan seksuaalirikostuomioiden todistusharkintaa hän on päätenyt suosittamaan, että henkilökuulustelun aluksi esitettäisiin esitutkinnassa tehty tallenne (video). Henkilön kuulemisesta ei sinänsä luovuttaisi eli hänet kutsuttaisiin aina myös istuntoon, mutta se palvelisi ainoastaan täydentävien kysymysten esittämistä.¹⁹⁵⁸ Toisin sanoen, jos oikein tulkitsen, esitutkinnan ”kertomukset” tulisivat keskeiseen rooliin.

Monica G. W. Den Boer 1990 on puolestaan analysoinut esitutkintakertomuksen syntyä ja kiinnittänyt huomiota kertojan oikeudellisen asemaan. Kertojan tarina ei itse predominoi, vaan se institutionaalistetaan. Kun syytetty kertoo poliisille, hänen kertomuksensa siirretään ja käännetään oikeudelliseksi kertomukseksi, ja alkuperäisen kertomuksen peittää oikeudellisen evaluaation vaate, oikeudellinen folio, kuten Den Boer sanoo. Tuossa poliisiaseman tilanteessa kertojaan kohdistuu pakko, mutta ehkä ero on arkipäivän kerrontaan verrattuna vain relatiivinen. Den Boer kysyy kuitenkin, voidaanko puhua kertomuksesta, kun syytetyn kertomus on siirretty ja kun kaikki sen evaluatiiviset elementit on siirretty. ”Kun kertomus on tekstuaalisesti ja semanttisesti käännetty institutionaalisen (oikeudenkäynti)aineiston muotoon, käy vaikeaksi tunnistaa alkuperäisen kertomuksen ydintä.” Dokumentaarisen kansion oletetaan toimivan ”faktan” lopullisena määräämisenä; sen oletetaan kohtaavan asiaan liittyvien juristien intressit, nimittäin sen informaation konstruoinen, jonka pohjalta voidaan tehdä johtopäätökset ”faktan” käsiteltävyydestä oikeudessa (hearingability). Kysymykseen, jääkö (alkuperäinen) kertomus vaille funktiota, Den Boer vastaa muun muassa niin, että laki on tehty kykeneväksi luomaan optimaalisen tasapainon epäilyllä ja legaalisen instituution välillä. Tavallaan epäiltyä kompensoidaan niin, että oikeudellinen instituutio antaa tilaisuuden kertoa niin täydellisesti kuin mahdollista. Toisaalta instituutiota kompensoidaan antamalla tilaisuus valita relevanteimmat elementit tästä kertomuksesta ja muotoilla se uudestaan lain normien mukaisesti.¹⁹⁵⁹

Den Boer kysyy, miksi tehdään ero faktan ja tekstin välille, jos fakta ei ole reaali-maailman fakta vaan kerrottu fakta. Toisin sanoen, tuomarit, asianajajat ja syyttäjät eivät tulkitse raakoja faktoja, vaan siirrettyjä faktoja. Raaka fakta, jos sellaisia on, on jo konstruoitu legaaliseksi faktaksi. – Faktat ovat sosiaalisen reaali-maailman suodattettuja reproduktioita, jotka välitetään tekstien kautta, legaalisten tai ei-legaalisten, kirjoitettujen tai suullisten.¹⁹⁶⁰

¹⁹⁵⁸ Schelin 2007, s. 247.

¹⁹⁵⁹ Den Boer 1990 s. 354 – 356.

¹⁹⁶⁰ Den Boer 1990, s. 359. Tässä ”texts” kattaa myös suullisesti esitetyt lausumat.

Narratiivisen koherenssin toimintaa voidaan Den Boerin mukaan tutkia seuraavilla kolmella tasolla:

1. *tekstuaalinen* taso: sen paikallisen koheesion analyysi, jota on tekstuaalisten elementtien kesken, tekstin rajojen puitteissa (tässä tapauksessa: kertomus);
2. *diskursiivinen* taso: tapa, moodi, jolla narratiivinen teksti on linkitetty muihin teksteihin ja diskursiivisiin yksikköihin (esim. lain pykäliin, oikeudenkäyntiaineistoon, oikeussalin kuulusteluun); tällä tasolla tärkeää on tekstin prosessointi narratiivin tulkinnassa ja (re)produktioissa; kertomusta pidetään joko kommunikatiivisen ja vuorovaikutteisen prosessin olennaisena osana tai kertomisprosessin lopputuloksena;
3. *justifikatorinen* taso: narratiiviproessin legitimoiva ja justifikatorinen voima kertomuksen konstruoinnin (tulkinnan) myöhemmillä asteilla.¹⁹⁶¹

Kolflaathin mukaan malli on vasta hiljattain alkanut saada sijaa ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa.¹⁹⁶² Narratologista tutkimusta Norjassa on soveltanut ainakin **Audun Kjus**.¹⁹⁶³ Ehkä uusin avoimesti narratologiseksi nimetty prosessioikeudellinen tutkimus on **Erik Björlingin** ruotsalainen väitöskirja ”Rättstillämpningens tystnad” vuodelta 2017.¹⁹⁶⁴ Se tutkii kuutta HD:n ratkaisua lähtien kolmesta väittämästä.¹⁹⁶⁵ Ensimmäinen koskee julkilausumattomia perusolettamuksia, joilla on suuri rooli konkreettiselle lainsoveltamiselle oikeudellisen argumentaation puitteissa; niiden vuoksi edellytykset oikeudelliseen argumentaation ymmärtämiselle ovat vajavaiset ja ne aiheuttavat vaaran saattaa keskeiset oikeusnormit pois valokeilasta. Toiseksi, oikeudellisen argumentaation puitteissa puuttuu mahdollisuuksia käsitellä tuomioistuinsubjektien vaihtelevia subjektipositioita (rooleja) vivahteisella tavalla. Tämä aiheuttaa vaikeuksia pitää yllä ja tuoda näkyville sitä, miten asianosainen ja tuomioistuin subjekteina konstruoidaan lainkäytön ammattilaisten kesken. Se vähentää myös mahdollisuutta pitää yllä legitimejä oikeudellisia subjektipositioita. Kolmanneksi, oikeudenkäynnin asianosaiset puhuvat toistensa ohi siten, että heidän kertomustensa

¹⁹⁶¹ Den Boer 1990, s. 359 – 360. Den Boer analysoi näitä tarkemmin s. 360 – 361 ja toteaa, että justifikatorisen tason analyysi on mahdollinen vain narratiivisen koherenssin tekstuaalisen ja diskursiivisen tason huolellisen analyysin jälkeen. ”Narratiivinen koherenssi” on Den Boerin nimitys sille totuuden tai faktojen ja näytön todennäköisyyden testille, joista suoraa näyttöä välittömällä havainnoimisella ei ole saatavissa. – Tämän jälkeen Den Boer analysoi laajasti erästä hollantilaista oikeustapausta kertomusmallin kannalta.

¹⁹⁶² Kolflaath 2013 A, s. 95.

¹⁹⁶³ Kjus 2008. Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker. (Unipub, Oslo 2008.)

¹⁹⁶⁴ Niemi 2017 – 18, s. 472 näkee vastaväittäjän lausunnossaan kirjan suurimpana ansiona, että se ”för in narrativanalys i rättsvetenskapen”. Tämä ei ihan osu naulan kantaan, ottaen huomioon se tutkimus, joka on vanhastaan suunnattu todistajankertomuksiin narratiiveina. Hiljaisia taustaoletuksia, prosessirooleja ja ”toistensa ohi puhumista” on ennenkin käsitelty oikeuskirjallisuudessa, mutta tuskin niin systemaattisissa ja teoreettisissa puitteissa kuin Björling tekee. – Myös Niemi muistuttaa s. 472 ”dissonanssin” kohdalla aiheellisesti tuomarin prosessinjohdosta ja oikeusavusta. Ne ovat käytännön realiteetteja.

¹⁹⁶⁵ Björling 2017, s. 11.

rakenteet eli narratiivit konstruoidaan eri tavoin. Tämä estää mahdollisuudet kontradiktoriseen ymmärtämiseen, joka on siviiliprosessin institutionaalisen rakenteen eräs perustavanlaatuinen periaate.

Björling konkretisoi näistä teeseistä kolme tutkimuskysymystä.¹⁹⁶⁶ Ensimmäinen on, miten käsite *oikeudellinen entymem*¹⁹⁶⁷ voi edistää oikeudellisen argumentaation ymmärtämistä, näkyväksi tekemistä ja kritiikkiä riitajutussa yleisessä tuomioistuimessa. Toinen on, miten käsite *liian määrätty subjekt* (*överdeterminerad subjekt*)¹⁹⁶⁸ voi edistää ymmärtämistä, näkyväksi tekemistä ja kritiikkiä asianosaisten ja tuomioistuimen subjektipositioita kohtaan, jotka konstruoidaan oikeudellisessa argumentaatiossa riitajutussa yleisessä tuomioistuimessa. Kolmas on, miten käsite *narratiividissonanssi*, narratiivien riitaisointisuus, voi edistää kontradiktion ja sen puutteiden ymmärtämistä oikeudellisessa argumentaatiossa riitajutussa yleisessä oikeudenkäynnissä.

Björlingin tutkimus ei ole kuitenkaan leimallisesti todistusoikeudellinen saati todistusharkintaan keskittyvä. Hänen tutkimuskysymyksiinsä en omista enempää huomiota, niin uusia tuulia kuin ne edustavatkin.

11.4.5 Omaa pohdintaa kertomusmallista

11.4.5.1 Yleisiä pohdintoja

Kertomuksen korostaminen painottaa henkilötodistelun merkitystä. Toisaalta kertomusmalli edellyttää, että on olemassa kertojia: todistajalla tai kuultavalla edellytetään olevan hallussaan kertomus ja kognitiiviset ja esitystekniset valmiudet sen esiintuomiseen mallin vaatimalla tavalla. Kumpikaan kertomusmalliin liittyvä piirre ei ole immuuni kritiikille. Henkilötodistelun luotettavuus ei ole lainkaan itsestäänselvyys, eikä läheskään kaikilla ihmisillä ole valmiuksia tai halua esittää tietojaan kertomuksen muodossa. Varsinkaan jälkimmäiseen seikkaan ei kertomusmallia kiitettäessä ole kiinnitetty juurikaan huomiota. Kuitenkin niukkasanainen todistaja, joka ei istuntosalissa pysty ”kertomaan kertomusta” eikä tästä tai muusta syystä sitä halua, on tuomioistuimessa kuultelun arkipäivää.

Ideaalitapauksessa tuomioistuin saa vastaanottaa todistajilta, asianosaisilta ja asiakirjoista selkeätä ja puhdasta informaatiota. Ei synny ongelmaa siitä, mitä

¹⁹⁶⁶ Björling 2017, s. 21.

¹⁹⁶⁷ Björling 2017, s. 66 määrittelee Aristoteleelta peräisen olevan entymem-käsitteen tarkoittavan ’julkilausumattomia premissejä’, jotka argumentaation kuulijan tai lukijan täytyy itse lisätä mukaan luodakseen yhteyden julkilausuttuihin väitteisiin.

¹⁹⁶⁸ Björling 2017, s. 226 (kursivointi Björlingin): ”Inom ett rättsligt narrativ kan ett subjekt växla mellan olika positioner. När alternativa subjektpositioner framställs, eller används, som ömsesidigt uteslutande kan de betecknas överdeterminerade. Den position, som tar sig uttryck i den rättsliga argumentationen *överdeterminerar* de positioner som inte tar sig uttryck eller tillåts ta sig uttryck.”

todistaja on sanonut tai mitä asiakirjassa lukee, toisin sanoen mikä todisteen ulkoinen sisältö on. Todellisuus on oppikirjan tekijän kuvaa karumpi. Kertomuksen selvyyttä voivat rasittaa monenlaiset virhelähteet. Voi jäädä epäselväksi jo se, oliko todistajalla kielelliset valmiudet kertoa se, mitä hän oikeasti tarkoitti sanoa. Kertomus voi vastakuulustelusta huolimatta jäädä niin ympäröiväksi ja sumeaksi, että sen asiasisällöstä on vaikea saada otetta. Epäselvyyteen voivat vaikuttaa monet kyseisen oikeudenkäynnin ulkopuolisetkin seikat. Luonnollisesti tuomioistuimen on pyrittävä poistamaan epäselvyydet kyselyoikeutta käyttämällä, ja usein siinä onnistutaankin. Toisinaan esimerkiksi todistajan todellinen ja vilpitön tarkoitus voi kuitenkin jäädä aidosti piiloon, jos täydentäviä kysymyksiäkään ei syystä tai toisesta pystytty asettamaan tavalla, jonka todistaja yksiselitteisesti ymmärtäisi. Tällöin sekä todistaja että kysyjä saavat kumpikin jäädä käsitykseen, että haluttu informaatio tuli esiin, mutta vastaus ei ole ollut vastaus siihen, mitä oli tarkoitus kysyä.¹⁹⁶⁹

Todistajankertomuksen sisällön epäselvyys voi olla myös tarkoituksellista. Käytännön tyyppitilanne voi olla seuraavanlainen. Todistaja puhuu selkeästi ja seikkaperäisesti asioista, jotka ovat turvallisen matkan päässä teeman ytimestä, mutta kertomus muuttuu havaittavasti sitä väljäsanaisemmaksi ja epävarmemmaksi ja esitystapa sitä hiljaisemmaksi, mitä lähemmäs tullaan teeman ydintä, jonka todistaja kokee nimeäjälleen araksi aiheeksi. Todistajan habitus saattaa muutoinkin muuttua ja hän saattaa vilkuilla nimeäjäänsä, jos tämä on paikalla – tai nimeäjä esimerkiksi yskäisemisillä esittää varoituksia. Tässä tilanteessa terävä vastakuulustelu voi paljastaa paljonkin uskottavuuteen liittyvää. Todisteen sisällön sumeus on suorassa vuorovaikutussuhteessa todisteen, oikeastaan jo todistuskeinon uskottavuuteen: todisteen tarkoituksellinen epäselvyys on tällöin todistuskeinon (sisäisen) epäluotettavuuden ulkoinen ilmaisu tai indisio.

Schelinin mainitsema esitutkintavideoiden preferoiminen välittömyysperiaatteen edelle kuulostaa radikaalilta toteutuakseen. Tosin hän varaa mahdollisuuden täydentävien kysymysten esittämiseen pääkäsittelyssä – muutoin kai todistelusta tulisi lähinnä elokuva-esitys. Esitutkinnan videoiminen kriittisissä tapauksissa¹⁹⁷⁰ on nykyään arkipäivää, mutta se ei tarkoita suullisuus- ja välittö-

1969 Toisinaan esiintyy muutoksenhakukirjelmien yhteydessä erityisesti hovioikeudelle suunnattuja todistajan ”valahtoisia” oikaisuja siitä, miten hänen kertomuksensa tai jokin siinä on kirjattu ja ymmärretty aivan väärin. Sellaisiin kirjelmiin on aihetta suhtautua pidättyvästi, ainakin jos niiden typografia on kovin samanlainen kuin muutoksenhakijankin, mutta ei pidä toisaalta sivuuttaa sitä mahdollisuutta, että todistaja on vilpitön ja kokee hyvin tärkeäksi, että saa oikaista virheellisesti ymmärretyn asian. Mikäli todistajaa kuullaan ylioikeudessa pääkäsittelyssä, tuo oikaisu saattaa tulla spontaanisti esiin heti kuulustelun aluksi.

1970 Esimerkiksi meillä uuden OK 17:24.3:ssa luetellaan kootusti ne neljä tilannetta, joissa esitutkintakuulustelun videointi ja sen esittäminen pääkäsittelyssä on mahdollista. Momentin 3 ja 4 kohta mennevät Schelinin kaavailemaa järjestelmää pidemmälle, koska niissä tarkoitettujen asianomistajien ei ole tarpeen tulla oikeuteen vastaamaan edes täydentäviin kysymyksiin, ei edes näköesteen takaa. Edellytys kuitenkin on, että kontradiktorisuudesta on huolehdittu.

myysperiaatteen yleistä syrjäyttämistä, mitä Schelinin idea käsitykseni mukaan merkitsisi.¹⁹⁷¹

11.4.5.2 Mitä mallin leviäminen vaikuttaisi suomalaiseen todistusharkintaan?

Kertomusmalli vaikuttaa sekä todistelumenettelyyn että -harkintaan. Terminä kertomusmalli on eräänlainen ”muotimalli”. Todistajat ovat esittäneet kertomuksensa kyllä jo vanhastaan ja esimerkiksi kertomuksen koherenssia on arvioitu samoin ilman, että tätä olisi pidetty jonkin erityisen mallin sovelluksena. Todistelumenettelyssä todistajan on perinteisesti edellytetty esittävän ensin vapaamuotoinen kertomuksensa.¹⁹⁷² Edelleenkin ainakaan suomalaiset todistajat eivät ole tällaiseen aina valmiita eivätkä halukkaita, vaan usein rikosjutuissa toteavat ensi sanoikseen, että ovat jo kertoneet kaiken esitutkinnassa eivätkä nyt muista tai osaa enää kertoa. Kaikilla ei ylipäätään edes ole eikä tarvitse olla samanlaisia kertojanlahjoja – eikä pelkästä kertomuksen heikkoudesta tai vajavuudesta kannata tehdä pikaisia johtopäätöksiä. Kaikissa kulttuureissa ei ole samanlaisia valmiuksia ”kertomuksiin” ja suomalaisissa(kin) on paljon vähäsanaista väkeä, jonka houkuttelevuus kertomuksiin vaikuttaa mahdottomalta tehtävältä. Siitä, miten vähäpuheiset todistajat muualla on houkuteltu kertomaan, teoreetikot eivät juuri kerro eivätkä ole kiinnostuneita.

Todistusharkinnan kannalta taas ennustajan osa ei ole helppo. Suomalainen opetus on keskittynyt ensin saksalaisperäiseen, sitten yhä selvemmin ruotsalais-norjalaiseen atomistiseen erillisten tosiseikkojen tarkasteluun, vaikka myöskään tätä säännöllisesti seurannutta holistista kokonaistarkastelua ei ole sivuutettu. Keskittyminen kertomuksiin merkitsisi kuitenkin pientä vallankumousta: ajattelutavan pitäisi muuttua jo lähtökohdista alkaen holistisempaan suuntaan.

Olisiko matematiikka heitettävä romukoppaan? Entä övervikt-prosentit? Tulleetko myös sumea logiikka niiden sijaan ajankohtaiseksi? Samalla menisi paljon arvokasta päätöksenteon tueksi ja testaamiseksi *potentiaalisesti* tarpeellista ja hyödyllistä materiaalia. Se olisi iso virhe, sillä nämä ajattelutavat merkitsevät myös yhtä taetta oikeusvarmuudelle ja -turvallisuudelle. Niiden hylkääminen saattaa ainakin raottaa ovea mielivallalle. Kontrolloitavuus, intersubjektiivisesti profession piirissä ja yleisesti muutoin kävisi entistä vaikeammaksi ellei mahdottomaksi?

1971 Ks. myös Kolflaathin arvio Schelinin ehdotuksesta, Kolflaath 2008 A, s. 251 ja 253. – Ks. myös Magnussen – Stridbeck 2020, s. 11 alaviite 23:

1972 Tätä koskeva säännös oli jo vuoden 1734 OK:ssa. Samoin esimerkiksi Norjan Strpl 133 §: ”Vitnene skal forklare seg muntlig. Vitnet oppfordres til så vidt mulig i sammenheng å forklare hva det vet om gjenstanden for bevisførselen. Deretter kan særskilte spørsmål stilles. Vitnet skal anmodes om å oppgi kilden til sin kunnskap. Skal en person eller ting vises fram for et vitne til gjenkjennelse, oppfordres det først til å gi en så nøyaktig beskrivelse som mulig.”

Uhkaako invaasio oikeasti? Vastaisin, että laajeneminen kyllä, mutta tuskin yksinvaltiuteen asti. Eikä kehitys ehkä olisi niin dramaattista kuin voisi ajatella. Onhan todistajan kertomusta meilläkin analysoitu vuosikymmenien ajan käyttäen erilaisia kriteereitä, kuten johdonmukaisuutta, ristiriitaisuutta ja muita kertomusmallillekin ominaisia seuloja, ja perusteltu niillä tai niiden puuttumisella kertomuksen paikkansapitävyyden todennäköisyyden astetta.

Siinäkään ei ole varsinaisesti uutta, että näytön holistista arviointia korostetaan. Ehkä taustalla on eräänlainen rationaalisen käyttäytymisen oletus, Twiningin mainitsema yleistystä ja paljon muuta sisältävä tietovarasto, johon yksittäisiä todisteita yritetään saada sopimaan. Ongelma voi piillä siinä, että ihmisten käyttäytyminen on usein kaikkea muuta kuin johdonmukaista saati harkittua.

11.5 Kolflaathin kolmen näkökulman malli

Kolflaath on kehittänyt eri teorioiden ja käytännön ”kenttätönsä” pohjalta oman todistusharkintamallin tai -metodin. Se liittyy lähinnä rikosjuttujen todistusharkintaan ja pyrkii yhdistämään kolme yleisesti käytettyä näytön arvioinnin metodologia, nimittäin (induktiivisen) päättelyn sekä kokonaisten kertomusten tai narratiivien ja (parhaaseen) selitykseen johtavan selityksen teoriat tai mallit. Kertomuksen uskottavuus liittyy kertomusmalliin eräänä arviointikohteena tai arvioinnin lopputuloksena. Selitykseen pyrkivä menetelmä yhdistää kaksi muuta, ehkä eräänlaisena ”ylämetodina”. Kolflaath kutsuu näitä kolmea ”perspektiiveiksi”, näkökulmiksi.¹⁹⁷³

Kolflaath on esittänyt halunneensa saada todistusharkintaan tiettyä systematiikkaa, esimerkiksi niin, että näytetyiksi tulleet olosuhteet selitetään käyttäen sekä hypoteesia syytetyn syyttömyydestä että hypoteesia hänen syyllisyydestään. Perusteena tälle on oletamus, että sellainen systematiikka voi vähentää tiedostamattomien arviointien vaikutusta, joita hyvin suuressa määrin leimaa se, kuka ne tekee, mitä kokemuksia ja arvoja tällä on, ja niin edelleen. Kolflaath olettaa, että sellainen todistusharkinnan systematisointi voi vähentää psykologisten virhelähteiden vaikutusta ja siten lisätä todistusharkinnan osu-mavarmuutta. Kasvaneen osu-mavarmuuden uskoisi edistävän yhdenmukaista kohtelua. Psykologisten virhelähteiden käsite itsessään edellyttää, että on jotakin, joka on oikeaa, ja jotakin, mikä on virheellistä, ja osu-mavarmuuden käsite edellyttää, että on jotain, johon voi onnistua tai epäonnistua osumaan. Siten Kolflaath sanoo sitoutuneensa tiettyihin käsityksiin, joita voi hyvin nimittää

¹⁹⁷³ Kolflaath 2013, s. 22 – 23.

”positivistisiksi”, mutta riippumatta siitä, miten niitä haluaa nimittää, nämä ovat käsityksiä, joista todistusharkinnassa on vaikea päästä eroon.¹⁹⁷⁴

Kolflaathin lähtökohta on hänen viiteen lagmannsrett’iin kohdistamansa seurantatutkimus. Hän oli saanut olla läsnä noiden kollegiaalisten oikeuksien todistusharkintaa seuraamassa, noin 105 rikosjutun neuvottelujen aikana. Tähän nähden hänen otteensa on käytännöllinen ja hän esittää suuren määrän neuvotteluissa kirjaamiaan esimerkkejä erilaisista ammatti- ja maallikotuomarien lausahduksista sekä ratkaisuksista.

Päätteilynäkökulman mukaisesti todistusharkintaa tarkastellaan johtopäätösten tekemisenä todisteista (todistusdatasta) oikeudellisesti relevantteihin toiseikkoihin. Kertomusnäkökulman lähtökohtana sen sijaan on, että todistusharkinnassa on kysymys kertomusten kokonaisuuksien arvioimisesta ja osittain konstruomisestakin, ja se esittää todistusharkinnan kertomusten plausibiliteetin arviointina. Päätteilynäkökulmalla on rajoituksensa, ja kertomusformaatilla on vaaransa. Päätteilyllä, sen paremmin kuin yleisesti katsoen kertomuksillaan, ei Kolflaathin mukaan koskaan päästä todistusharkinnan ulkopuolelle. Selitysperspektiiviä voidaan pitää ylempänä olevana näkökulmana, jos päätteilyn atomismi ja kertomusperspektiivin holismi yhdistetään. Tällöin todistusvoiman voidaan ymmärtää muodostuvan pitkälti selitysvoimaksi, ja kertomuksia pidetään todistelutilanteen selityksinä. Selitysperspektiivi aktualisoi kertomusperspektiiviä välittömämmin todistajanpsykologian klassiset teemat, mutta se soveltuu kaikenlaisiin todisteisiin ja kaikkiin näyttötuomarin vahvistetuiksi katsomiin seikkoihin. Samalla hypoteeseja koskeva ja niiden avulla tapahtuva päätteily tulee etualalle. Selitysperspektiivi antaa myös joustavuutta, jota päätteily- tai kertomusperspektiivi eivät tarjoa.¹⁹⁷⁵

Selitysperspektiivi ei ole uusi kahteen edelliseen verrattuna, vaan pikemminkin ne yhdistävä näkökulma. Selitysperspektiivin ytimenä on, että todistusharkinnassa kysymys on selitysten etsimisestä niin vahvistettuihin kuin hypoteettisiin seikkoihin. Tällä lähestymistavalla tulee Kolflaathin mukaan mahdolliseksi yhdistää kaksi näkökantaa ja metodia, joita tavallisesti pidetään toistensa vastakohtina.¹⁹⁷⁶

Tuloksensa tiivistäen hän kehottaa näyttöä harkitsevaa tuomaria asettamaan kaksi toisensa poissulkevaa hypoteesia ja niihin liittyen kaksi kysymystä:¹⁹⁷⁷

¹⁹⁷⁴ Kolflaath 2013 A, s. 96.

¹⁹⁷⁵ Kolflaath 2013, s. 212.

¹⁹⁷⁶ Kolflaath 2013 s. 22 – 23. Hän tarkoittaa vastapuolilla sitä, että johtopäätösten tekoon liittyvä näkökulma tai metodi voidaan liittää matemaattisiin päätöksentekomalleihin, kertomusperspektiivi taas enemmänkin ei-matemaattisiin. Kovin selväpiirteinen ei asia kuitenkaan liene.

¹⁹⁷⁷ Kolflaath 2013 s. 209, kursivointi Kolflaathin.

- 1) Oleta, että vastaaja on *syytön*. Tutki, onko olemassa näyttöä ja muita vahvistettuja (etablerte) seikkoja, joita olisi silloin – kutakin erikseen tai yhdessä – vaikea selittää.
- 2) Oleta, että vastaaja on *syyllinen*. Tutki, onko olemassa vahvistettuja seikkoja, joita olisi – kutakin erikseen tai yhdessä – vaikea selittää.

Lausumaa, että rikosasioissa kaiken järkevän epäilyksen tulee koitua syytetyn hyväksi, Kohlflaath toteaa voitavan täsmentää usealla tavalla, mutta yksi näistä on sitoa näyttökynnys mainittuihin kahteen kohtaan. Rikosjutun ankara näyttökynnys tulee otetuksi huomioon, jos rikos luetaan syyksi kaikissa niissä ja vain niissä tapauksissa, joissa 1) *on olemassa yksi tai useita vahvistettuja seikkoja, joita (kutakin erikseen tai yhdessä) on vaikea selittää, jos vastaaja on syytön, ja samanaikaisesti 2) ei ole olemassa vahvistettuja seikkoja, joita on vaikea selittää, jos vastaaja on syyllinen.*¹⁹⁷⁸

Kolflaath sanoo tämän kahteen kohtaan perustuvan näyttökynnyksen määrittelytavan, jonka lähtökohtana on kaksi toisensa vastavuoroisesti poissulkevaa hypoteesia vastaajan syyllisyyttä koskien, olevan peräisin kansainvälisestä todistusteoriasta.¹⁹⁷⁹ Kolflaathin mukaan ”Etter hvert er denne varianten så smått begynt å bli kjent her i Norge.” Yksittäisessä jutussa kohdat 1 ja 2 tulee nähdä toistensa valossa. Tilanteissa, joissa kohta 1 täyttyy selvällä marginaalilla, on kohtuullista vaatia vastaavasti enemmän kun otetaan kantaa kohtaan 2, ja kääntäen. ”Näyttövaatimuksen kynnys on konstantti vain, jos toisen kohdan ”overoppfyllelse” nostaa toisen kohdan täyttymisen kynnystä.”¹⁹⁸⁰

Kolflaathin metodi näyttäisi pyrkivän saman asian selvittämiseen kuin mistä oli kysymys hänen vuonna 2011 julkaistussa artikkelissaan.¹⁹⁸¹ Hän nimittäin päättää yhteenvetonsa näin: ”Näytön arviointiin kuuluu kokonaisarvosteluja, ja selitysnäkökulma tuo esiin tapoja, joilla se voi tapahtua – esimerkiksi niin, että tuomari voi arvioida, tuleeko vahvistettujen seikkojen *yhdistelmä* vaikeaksi selittää jommankumman hypoteesin pohjalta. Tässä on kysymys systemaattisista kokonaisarvioinneista, erotukseksi intuitioon ja ”mahatuntumaan” (”magefølelse”) perustuvista arvioinneista. Tämä antaa rikosasioiden näyttökynnyksen muotoilulle perustan, joka suuremmassa määrin kuin aikaisemmat muotoilut antaa aiheen pohtia jatkossa todisteita ja muita vahvistettuja seikkoja”.¹⁹⁸²

Ehkä Kolflaathin mallin ja erityisesti selitysmallin etuna onkin juuri se, että se mahdollistaa laajempien kokonaisuuksien kuin yksittäisen seikan arvioimisen

¹⁹⁷⁸ Kolflaath 2013 s. 210 – 211. Kursivointi Kolflaathin.

¹⁹⁷⁹ Kolflaath 2013, s. 211 ja alaviite 157. Hän viittaa ainoastaan Laudaniin 2006, sivulle 82.

¹⁹⁸⁰ Kolflaath 2013 s. 212.

¹⁹⁸¹ Kolflaath 2011 s.163 – 165. Siellä hän pohti laajalti myös rikosjutun näyttökynnystä ja robustiusvaatimusta, esimerkiksi s. 180 – 189.

¹⁹⁸² Kolflaath 2013 s. 213. Kursivointi Kolflaathin.

kerrallaan. Kysymys voi olla päättelymalliin liittyvän atomismin ja kertomusmalliin liittyvän (kertomuksen) kokonaisarvioinnin ”vastakkainasettelusta”. Kummallakin on siinä etunsa ja haittansa. Voidaan sanoa Kolflaathin tavoin, että ne ovat tavallaan toistensa vastakohtia. Voidaanhan ajatella, että esimerkiksi tapahtumainkulun tietty kokonaisuus ei ole välttämättä palautettavissa atomistisesti yksittäisiin seikkoihin, vaan se on enemmän (tai vähemmän) kuin ne erikseen tai edes ”yhteenlaskien”. Jos olen ymmärtänyt hänet oikein, näkökulmia olisi tarkoitus soveltaa samalla kertaa, eräällä tavalla ”sisäkkäin” tai toinen toisensa perästä – tai sitten olisi tilanteita, joissa jompikumpi ensin mainituista soveltuisi paremmin ja sen soveltamisen jälkeen käytettäisiin vielä selitysmallia.

Kolflaathin esitys 1:n ja 2:n suhteesta voidaan nähdä myös niin, että ”selityksen vaikeuden aste” on sama asia kuin tuon seikaston puolesta tai sitä vastaan puhuvan näytön määrä. Kun lähtökohdaksi valitaan kaksi toisensa poissulkevaa hypoteesia, on loogista, että niillä on sellainen riippuvuus kuin hän esittää. Tämä on perinteisen todennäköisyysteorian lauseellakin kuvattavissa; mitä vakuuttavampi on näyttö S:n hyväksi, sitä vähemmän vakuuttava on näyttö ei-S:n hyväksi.

11.6 Zahlen käyttäytymismalli

Tanskalainen Zahle on kehittänyt oman todistusharkintamallinsa. Mallia voi pitää oikeastaan todistustaakka- ja todistusharkintateorian yhteisenä, ja se osoittaa, miten kiinteässä yhteydessä nämä keskenään ovat.

Mallin ytimenä on keskeisen merkityksen antaminen asianosaisten käyttäytymiselle, toiminnalle. Käyttäytyminen ymmärretään laajasti: siihen lasketaan sekä asianosaisten toiminta ennen oikeudenkäyntiä, kuten todisteluun varautuminen ja todisteiden hankkiminen, sekä toiminta oikeudenkäynnin aikana. Samoin kiinnitetään huomiota todistajien käyttäytymiseen. Zahlen mukaan määräytyvät normit sääntelevät sitä tapaa, jolla asianosaisten kulloisissakin olosuhteissa tulee suunnitella toimenpiteensä tai käyttäytymisensä yleensä. Näiden normien tarkoitus on varmistaa, että asianosaisten toimien avulla relevantit tosiasiat hankitaan käsille. Normit koskevat asianosaisten käyttäytymistä niin ennen prosessia kuin prosessin aikanakin, ja myös tuomioistuimen ulkopuolella. Normien olemassaolo ei ilmene ensisijaisesti siten, että niiden loukkaaminen johtaisi itsenäisiin sanktioihin; niiden validiteetti ja tehokkuus ilmenee sen sijaan siitä, että tietyissä olosuhteissa asianosaiset, jotka noudattavat tai loukkaavat näitä sääntöjä, *ratkaisevat, mikä tosiseikka tulee muodostamaan judisiaalisen ratkaisun perustan*. Se, hyväksyykö vai hylkääkö tuomioistuin jonkin tosiseikan, riippuu siitä, onko normeja noudatettu vai ei.¹⁹⁸³

¹⁹⁸³ Zahle 1979, s. 263.

Näiden jotakin tosiseikkaa koskevien sääntöjen mukaan tuomioistuimen on tutkittava, tuleeko kyseistä asianosaista arvostella puutteellisesta aktiivisuudesta näyttöä kohtaan tai päinvastoin, onko asianosaisen aktiivisuus ollut tyydyttävää. Tämä arviointi koskee – tai se ainakin voi koskea – molempia asianosaisia, riippuen käyttäytymissäännön sisällöstä. Zahle jakaa tämän pääteesinsä alaväittämiin, jotka kokonaisuutena muodostavat yleisen arviointirakenteen, jota sovelletaan, kun todisteiden arviointi perustuu käyttäytymisen normatiiviseen arviointiin. Hän systematisoi normatiivisen käyttäytymisen arvioinnin elementit seuraavalla tavalla:¹⁹⁸⁴

I Käyttäytymistä koskevat vaatimukset (objektiiviset vaatimukset)

1. todisteiden valmistaminen
2. todisteiden varmistaminen
3. todisteiden säilyttäminen ja varastointi
4. todisteiden esittäminen

II Yleiset edellytykset

1. Todistelun mahdollisuus
2. Laiminlyönti
3. Relevanssi

III Asianosaisten käyttäytyminen – muiden käyttäytyminen

Käyttäytymisen käyttäminen todisteena ei sellaisenaan ole uusi keksintö. Erityisesti niin asianosaisen kuin todistajan oikeussalikäyttäytyminen on ollut eräs tekijä, jonka avulla on pyritty arvioimaan henkilön uskottavuutta ja kertomuksen luotettavuutta. Meilläkin vuoden 1948 OK 17:28.1:ssä säädettiin oikeuden puheenjohtajalle velvollisuus kysyä todistajalta ja merkitä pöytäkirjaan seikkoja, jotka saattoivat vaikuttaa tämän uskottavuuteen. Käytännössä toimi oli siinä mielessä helpommin sanottu kuin tehty, että henkilön persoonallisten piirteiden ja toiminnan erikoisuuksien kirjaanpano edellytti helposti hienotunteisuutta. Ehkä tästä johtuen tarkoitus, tiedon välittäminen paperin kautta, jäi harvinaiseksi. Nykyisen OK 17:43.1:n (in fine) mukaan oikeuden puheenjohtajan on tarvittaessa tiedusteltava kuultavan uskottavuuteen vaikuttavia seikkoja.

Sen sijaan asianosaisen tai todistajan ulkonaiset ”perustoimet” ovat olleet helpommin kirjattavissa ja arvioitavissa. Tärkein niistä on ollut ja on henkilön suhtautuminen oikeudenkäyntiin saapumiseen. Samalla tämä voi kuvastaa myös hänen yleistä asennoitumistaan juttua ja siihen liittyviä velvollisuuksia kohtaan.

¹⁹⁸⁴ Zahle 1979, s. 263 – 264.

Kuten Zahlen analyysistä näkyy, hän ymmärtää käyttäytymisen laajasti eli tarkastelukulma on jo pitkälle ennen prosessia olevaan aikaan. Samalla teoria sisältää todisteiden varmistamisen maksimiin, jota esiintyy muillakin teoreetikoilla. Tavallaan Zahlen ajatus siitä, että asianosaisen potentiaalisen oikeusriidan uhatessa (ja muutenkin tarpeen mukaan järkevissä puitteissa) tulee varmistaa todisteitaan, on yhteinen esimerkiksi Ekelöfin ajattelun kanssa. Zahlen idea on kuitenkin korstetusti se, että henkilöä kohdellaan todistusoikeudellisesti ankarasti, jos hän on laiminlyönyt käyttäytyä jo esiprosessuaalisesti tällä tavalla. Voisi ehkä sanoa, että ihannetapaus olisi jonkinlainen bonus paterfamilias – tältäkin osin.

12. EPILOGI

Vertaus, että epilogin tulisi parhaimmillaan olla kuin hyvä asianosaisen loppulausunto jutun käsittelyn tultua päätösvaiheeseen, on hyvin osuva. Yritän tiivistää esitykseni johtopäätöksiä. Toisaalta hyvän loppulausunnon ominaisuuksiin kuuluu, ettei se ole liian pitkä ja lavea. Tätä on jo vaikeampi täyttää.

Alussa, kohdassa 1.3.2, esitin tutkimustehtäväksi valittujen todistusharkintateorioiden analysoinnin, niiden hyvien puolien ja heikkouksien käsittelyn. Ennen tätä teemaa otin kohdassa esiin kuitenkin neljä erilliskysymystä:

Ensimmäinen kysymys oli lähtökohtaisesti yleisluontoisin. Se koski yritystä jakaa seikkoja konkreettisiin faktoihin ja arvostuksenvaraisiin – kuten adjektiivisiin tai normatiivisiin – entiteetteihin. Todistelun kohdalla kysymys aktualisoituu ennen kaikkea todistusteemoja muodostettaessa. Onko jakaminen mahdollista tai mielekästä? Käsittelin kysymystä jaksoissa 3.3 ja 3.4.

Toinen kysymys liittyi edelliseen ja oli tarkennettu osa sitä, ja käsittelin sitä samoissa yhteyksissä. Kysymys oli siitä, voiko ultima probandumina olla arvostuksenvarainen seikka tai sisältää sellaista komponenttina.

Päädyin siihen, että jakaminen saattaa olla vähintäänkin vaikeaa ja että todistusharkinnan kohdalla se ei välttämättä ole edes mielekästä. Adjektiivi kääntyy nopeasti substantiiviksi. Yleisesti hyväksytty lähtökohta on, että todistusteemoina voivat oikeustositseikkojen ohella olla todistus- ja aputositseikat. Esitin näkemykseni, että yleisemminkin olisi parempi kysyä, miksi todistelun kohteena eli todistusteemoina eivät voisi olla *kaikki* sellaiset seikat, joilla on relevanssia jutun ratkaisun kannalta, vaikka ne eivät ole ”kovia” faktoja – siis myös todistustositseikat ja aputositseikat, joihin sisältyy arvottamista koskeva tai muutoin adjektiivinen komponentti. Jos asia on näin, mihin nuo komponentit häviäisivät, kun edetään oikeustositseikaston tasolle?

Yleisemminkin on mielestäni parempi kysyä, miksi todistelun kohteena eli todistusteemoina eivät voisi olla *kaikki* sellaiset seikat, joilla on relevanssia jutun ratkaisun kannalta, vaikka ne eivät ole ”kovia” faktoja – siis myös todistustositseikat ja aputositseikat, joihin sisältyy arvottamista koskeva tai muutoin adjektiivinen komponentti.

Kolmas erilliskysymys liittyy dogmiin, että todistustaakka ja näyttökynnys eivät koskisi todistus- eikä aputositseikkoja. Kolmas kysymys koski tämän väitteen paikkansapitävyyttä. Kysin myös, koskevatko ne mahdollisesti myös kokemus- ja oikeussääntöjen todistelua. Tätä käsittelin jaksossa 5.9.2.

Vastaukseni kolmanteen kysymykseen oli, että mainitut instituutiot koskevat näitä teemoja. Jos tämä on näin, tulee avatuksi kysymys, mikä todistus- ja aputositseikan näyttökynnys on. Tämä kysymys näyttää liittyvän melkoisessa

määrin matemaattisiin todistusharkintateorioihin, eikä siihen voida vastata lyhyesti. Sen eräänä kuvaavana korollaariona voidaan kuitenkin pitää Cohenin lausumaa, että tarkoituksena ei ole tehdä varmoja johtopäätöksiä todennäköisellä perustalla vaan todennäköisiä johtopäätöksiä varmalla perustalla.

Neljäs erilliskysymys liittyi oikeustosisiikka-termin valjastamiseen sekä todistusoikeudelliseen että yleisprosessuaaliseen käyttöön, kuten esimerkiksi väittämistaakkaan ja oikeusvoimaan.

Esitin, että saattaa olla *käsitelainopillinen virhe* käyttää samaa termiä kokonaan erilaisissa käyttöyhteyksissä siten, että kussakin kontekstissa siihen liittyy erilaisia vaikutuksia tai ominaisuuksia, jotka kukin soveltuvat johonkin, mutta eivät kaikkiin yhteyksiin.

Neljännän kysymyksen katsoin heti niin monitahoiseksi, että yrityksestäkin vastata siihen oli tässä yhteydessä luovuttava.

En väitä myöskään, että muutkaan kysymykseni olisivat tulleet täydellisesti vastatuiksi, niin että varteenotettavaa epäilystä ei olisi mihinkään kohtaan jäänyt. Päinvastoin, moniin seikkoihin liittyy dubioita. Pikemminkin olen halunnut tällä nelikolla haastaa hiukan vanhoja oppeja ja yrittää herättää todistusoikeudellista debattia.

Mitä sitten todistusharkintateorioihin tulee, peruskysymys niissä on, miten niiden toisinaan monimutkaisia ajatuskulkuja voidaan soveltaa käytännön tilanteissa – siinä tilanteessa, jota varten kaiketi teorioita on lupa pitää luotuina ja jossa niiden tulisi mahdollisimman hyvin soveltua käytettäväiksi. Todistusharkinnassa, kuten koko tuomioistuimen toiminnassa yleensäkin, voidaan joutua yhdenkin jutun puitteissa tekemään lukuisia erilaisia näyttöratkaisuja, joskus nopeastikin. Tämä pakottaa pragmaattiseen toimintatapaan, jossa filosofiset ja matemaattiset pohdinnat ja analyysit jäävät pakostakin taka-alalle.

Toisaalta lähtökohtana on tässäkin hyvä olla avoin suhtautuminen. Teorioissa on paljon ajattelua selventäviä ja mahdollisista virhelähteistä varoittavia ominaisuuksia, joihin kannattaa kiinnittää huomiota. Esimerkiksi Bayesin teoreema tuo sanastoon *a priori*- ja *a posteriori* -käsitteistön, joka on hyödyllinen, vaikka matemaattista laskutoimitusta ei toteutettaisikaan. *A priori* -arvon määräytyminen näyttää olevan tälläkin hetkellä keskustelun alainen kysymys filosofian piirissä. Todistusharkintaa suorittavan tuomarin on hyvä olla selvillä oman lähtökohtaisen arvionsa perusteista ja rajoituksista, mutta hänen ei tarvitse mennä etsimään arvion tekemiseksi universumia syleileviä reunaehtoja.

Samalla tavalla esimerkiksi induktiivinen todistusharkintateoria kiinnittää erityishuomion kokemussääntöihin ja tuo esiin, miten erilaisia ja erivahvuisia, todellisuudessa heikkojakin, ne voivat olla. Toisaalta kokemussääntöjen käyttäminen on työkalu, jolle on vaikea löytää vastinetta. Filosofian piirissä näytetään pohtivan sitä, ovatko kokemussäännöt induktiivisessa päättelyssä ylipäätään oikea työväline. Niin tai näin, käytännön työssä ei parempaakaan ole tarjolla. Kukaan ei tänä päivänä tosissaan myöskään kiistäne todennäköisyysasteikon

heuristista hyödyllisyyttä arkipäivänkin ajattelussa – kun ei ole tarvetta mennä niihin teoreettisiin pohdintoihin, joita olen nimittänyt ”Eckhoffin ongelmiksi I ja II”?

Edellä olen esitellyt muun ohella Mirjan Damaškan ajatuksia koskien common law’n ja mannermaisen järjestelmän vertailua. Hän on terävänäköisesti liittänyt bayesiaanien ja baconiaanien koulukunnat näihin eroavuuksiin: matematiikkaa ja frekvenssejä tutkitaan ja kannatetaan common law’n piirissä, ei-matemaattisia teorioita mannermaalla. Keskeinen eroperuste pohjautuu tai ainakin liittyy koko todistusharkintaprosessin tutkimuksen perustavanlaatuiseen eroon: common law’ssa etualalla tosiseikkoja ja niiden näyttöä arvioidaan atomistisesti, mannermaalla holistisemmin.

Tietenkään asia ei ole näin yksinkertainen. Damaška on luultavasti esityksensä perusteissa ja kokonaisuuden hahmotuksessa kuitenkin edelleen pääosin oikeassa. Bayesiaaninen tutkimus elää ja edistyy nimenomaisesti common law’n piirissä, ja mannermaalla on kehitelty ja kehitellään enimmäkseen ei-matemaattisia malleja – ja suhtaudutaan Bayesiin varauksellisesti. Se, että eräät todistusharkintateoriat menevät ”ristiin”, ei muuta tilannetta kokonaisuutena arvioiden. Jonkin verran tilanteeseen saattaa aikaa myöten vaikuttaa se, että common law’n todistusharkinnan ”lopullisen factfinderin” eli juryn käyttö on suuresti Englannissa vähentynyt ja vastaavasti todistusharkinta on siirtynyt ammattituomarin harteille.

Toisaalta juuri atomistisuus, keskeisen huomion kiinnittäminen yksittäisiin seikkoihin ja todisteisiin sekä arvoluvun antaminen näille, on bayesiaanisten teorioiden vahvuutta, mutta samalla sen heikkous. Kun yksittäisistä todennäköisyyden numeroarvoista rakennetaan kokonaisuutta, saatetaan joutua mahdolluuteen lopputuloksiin, jos noudatetaan Bayesin teoreemaa tai matematiikan lainalaisuuksia. Menetelmä toimii vielä, jos lopputulos rakennelmassa ei ole kovin kaukana lähtökohdista, alimpana olevista tosiseikoista, eli jos rakennelmassa – Wigmoren verkossa tai kartassa, todistettavien tosiseikkojen eli teemojen pyramidissa – ei ole kovin monta eri tasoa. Johdonmukaista onkin, että päähuomio kohdistetaan ultima probandumin ohella lähinnä sitä edelliseen ”kerrokseen” eli paenultima probandaan. Mitä useamman kerran nollan ja yhden –todellisuudessa 0.5:n ja yhden – välillä olevia todennäköisyysarvoja joudutaan kertomaan keskenään, sitä hatarammaksi lopputulos muodostuu. Alemmat kerrokset jätetään klassisissa esityksissä kernaasti rauhaan.

Vahvuuttaan, jonka ei-matemaatikkojen tulisi omasta mielestäni ottaa vakavasti, teoriat osoittavat paradoksaalisesti juuri samalla piirteellään. Bayesin teoreeman matemaattista etevyyttä ei kukaan kiistäne. Laskutoimitukset osoittavat, miten heikko todennäköisyys ultima probandumille todella saattaa jäädä, jos kaikki edeltävät vaiheet arvioidaan kriittisesti ja ”todennäköisen todennäköisyyden” arvoin. Vaikka matematiikka hylätään, on ei-matemaattisen

harkitsijan syytä muistaa, ettei heikkoja arvoja yhdistelemällä aina synny vahvaa, vaan entistä heikompaa.

Eräs Bayesin perusongelmista on alkuperäistodennäköisyyden edellyttäminen. On vaikea sovittaa kontradiktorisen (ja adversariaalisen) prosessin puitteisiin ja edellytyksiin, että kun nollasta ei voida lähteä, joudutaan käyttämään ”alkulukua”, jonka taustat jäävät tuntemattomiksi. Sama huomautus voidaan esittää teoriassa kyllä kaikkea intuitiota sisältävää todistusharkintaa kohtaan, mutta erona on kuitenkin se, että todistelu otetaan vastaan kaikkien läsnäollessa, kun taas alkuperäistodennäköisyys pohjautuu johonkin muuhun, pahimmassa tapauksessa täysin kontrollin ulkopuolella olevaan. Toisaalta Bayesin ansiona voidaan tavallaan pitää sitä, että alkuperäistodennäköisyyteen ja sen sallittavuuteen kiinnitetään huomiota eikä sitä sivuuteta ”selvää on” -argumentoinnilla.

Matemaattisilla arvoilla toimiminen saattaa myös luoda illuusion täsmällisyydestä ja hämärtää sen, että todennäköisyyksien lukuarvot eivät perustu (edes) todellisiin frekvensseihin, vaan ovat lähes aina täysin harkinnanvaraisia.

Sinisten ja vihreiden taksien tai rodeoon aidan yli kiipeävien liputtomien katsojien esimerkit ovat puhtaita ja teoreettisia: ne eivät voisi esiintyä käytännössä sellaisinaan. Tilanteen pelkistäminen yhteen tai kahteen muuttujaan koskee sekin useimpia oikeustieteellisessä tutkimuksessa esitettyjä esimerkkejä. Käytännön tilanteessa muuttujia, niiden joukossa ratkaisulle ja päättelylle relevantimpia kuin kysymyksenasettelussa esille nostettu, saattaa olla suuri määrä, ja on helppo nähdä, ettei esimerkki pysty kuvaamaan todellisuutta saati toimimaan normisuosituksen havainnollistajana.

Cohen osoitti matemaattisten mallien perusheikkoudet ja niiden soveltumattomuuden yleisiksi todistusharkinnan työvälineiksi. Toistettakoon vielä kerran eräs hänen merkillepantavista kiteytyksistään eli toteamus, että todistusharkinnan päämääränä ei ole tehdä varmoja johtopäätöksiä todennäköisillä perusteilla, vaan todennäköisiä johtopäätöksiä varmoilla perusteilla. Cohen on kohdannut vastustusta ja hänen osoittamiinsa heikkouksiin on yritetty löytää vasta-argumentteja, mutta ne eivät ole aina vaikuttaneet erityisen päteviltä.

Siten en voi mitenkään yhtyä siihen Suomen Asianajajaliiton Todistelutoimikunnan mietinnön johdosta antamassa lausunnossa esitettyyn ajatukseen, että Suomessa pitäisi ottaa käyttöön bayesiaaninen todistusharkinta. Samassa yhteydessä lausunnossa tosin korostettiin näytön arvioimista kokonaisuutena. Kuten Cohen on ensimmäisenä ja edellä läpikäymälläni tavalla osoittanut, näiden osasten yhteensovittaminen on käytännössä ellei toivotonta, ainakin ”haasteellista”.

Diesen taas on esittänyt mielestäni vähättelevän lausuman matemaattisten mallien levinneisyydestä. Hän voi olla oikeassa siinä, että matematiikan kanssa toimiminen on vain teoreetikkojen toimintaa, mutta kun hän ei esitä tämän tueksi oikeastaan mitään kouriintuntuvaakaan, en pitäisi sitä kovin todistettuna. People vs. Collins’in perintö ei oikein riitä, eikä hän kyllä siihen vetoakaan. Ja

milläpä muulla kuin matematiikalla Cohen kertoisi yleistyksen ”yleisyyden”, jos se ei perustu suoraan kansantietoon.

Kokonaan matematiikkaa ei siis pidä torjua. Edellä on käynyt ilmeiseksi, ettei rikosasian lähes globaaliksi muodostunut näyttökynnys, *beyond reasonable doubt* eli ei varteenotettavaa epäilystä, on riittämätön vähänkin syvempään analysoimiseen. Fraasilla on helposti tajuttava sisältö, mutta se ei pysty kuvaamaan esimerkiksi konkreettisten näyttökynnysten keskinäisiä suhteita eikä toimimaan todennäköisyysasteikolla – seikat, mitkä olisivat tärkeitä sekä teoreettiselta että käytännölliseltä kannalta. Myös *common law*’n todistusoikeuden piirissä on totuttu lähtemään siitä, että tämän lisäksi näyttökynnystä voidaan joissakin suhteissa kuvata numeroilla, murtoluvuilla tai prosenteilla. Rikosasiassa numeraaliset arvot saadaan turvautumalla klassiseen ja aina näkemyksiä herättävään kysymykseen oikeiden ja väärin tuomioiden jakautumisesta ja niiden hyväksyttävästä keskinäisestä suhteesta. Edellä olen lähtenyt työvälineenä $0.95:n$ arvosta, joka merkitsee, että sataa juttua kohti syntyy viisi virheellistä ratkaisua. Jokainen voi muodostaa oman käsityksensä; todistusoikeuden historiassa löytyy kyllä arvoja niin sanotusti ”joka lähtöön”.

Kuten oikeustieteelliselle tutkimukselle yleensä, myös todistusteorioita koskevalle tutkimukselle voidaan esittää kysymys, tutkitaanko kohdetta deskriptiivisesti, *de lege lata*, vai normatiivisesti, *de lege ferenda* – eli sein- vai sollenlähtökohdasta. Todistusharkintateorioiden kohdalla vastaus on kuitenkin sikäli yksinkertainen, ettei voitane sanoa minkään teorian sellaisenaan, yksinomaisesti, olevan globaalisti sovellettavana, ei matemaattisten eikä ei-matemaattisten. Uusia teorioita ja muunnelmia, jonkinlaisia evoluutioversioita, ja ehkä jopa keisarin uusia vaatteita syntyy kuitenkin koko ajan. Esimerkiksi Strandberg toi esille, ettei halua luoda uutta todistusharkintamallia, mutta niinpä hän on kehittänyt tai kehittämässä uutta, tokravsmodellen-mallia. Mutta se meneekin jo robustiuden puolelle – josta luultavasti tulee lähitulevaisuuden pelikenttä.

SUMMARY

SOME ASPECTS OF THE JUDICIAL FACT-FINDING

There is a great number of different theories of fact-finding in the literature of evidential jurisprudence. It is not exaggerated to say that every theory has its pros and cons. My purpose in this thesis is not to find and name the "best" fact-finding theory among them, but try to find some ways of thinking and inference, which could be rational and useful for the fact-finder's difficult task of deciding, what is true and what is not.

There is a some kind of bifurcation of theories, depending on the method of reasoning and interference they use. They are often called the bayesian and pascalian theories. The bayesian theories use mathematics, the pascalian not.

In his famous work "The Probable and the Provable" L. Jonathan Cohen has proved the difficulties in using mathematical and statistical modes of reasoning in judicial fact-finding. Talented finnish scholar Hannu Tapani Klami was excited about the mathematical methods, also, but even he stated at the end of one of his works that "the judge does not count". Even so, there are some points and aspects also in these theories, which are certainly relevant and useful for the fact-finder. Especially in complex and difficult cases with a broad "wigmorean" network of provable facts it is important to understand the relationships of the probability values of facts on different levels of the network and what the relationships mean.

In the Scandinavian literary tradition, there are two older theories of fact-finding, the so-called theme theory and evidential value theory. Neither of them has succeeded in making a real break-through in the court practice. Instead, in civil cases the preponderance of the evidence method (*övertvikt- or overvekt-principle*), having its roots in the common law tradition, has got more popularity, and so has the so-called *hypothese theory*, usually connected to the works of Christian Diesen from Sweden. The idea of *hypothese theory* is old and simple: there have always been at least two alternatives available for the factfinder, either a proposition is true or it is not, but Diesen has developed this idea in criminal cases to a broad spectrum of hypotheses, especially concerning the causality of facts and events, and on the other hand, the roles and tasks of the prosecutor and the judge.

At the time being the narrative theory seems to meet response at least on the literary arena, even in nordic countries. Its benefits are the holistic aspects of fact-finding and reasoning it stresses. On the other hand, there might be some dangers to be aware of in connection of the holism. For instance, not every

witness is a story-teller, and the fact-finder must have the tools of working also with this kind of situations.

In the activity of the fact-finder there are also some "minor" but important questions and items to be discussed. One of them is the role of a priori -probability in inferential reasoning. In older literature one can find the attitude that it is quite normal and acceptable that the fact-finder can use his a priori -knowledge in evaluating the evidence presented to him and as a part of it. The bayesian theory even needs a priori -value in the start. I propose that there is a clear discrepancy between this mode of thinking and the presumption of innocence in criminal matters. In civil matters, too, it is very questionable why the fact-finder should be allowed to use some information the content of which is and stays uncontrolled. In both kind of cases he should be able to put aside his prejudices and start from "a clean table", or, if considering the information relevant for the case, he should inform the litigants about it and so bring it to the item of contradictory and adversial discussion.

LYHENTEITÄ

BGH	Bundesgerichtshof (Saksa)
DL	Defensor Legis
EIS	Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
FRE	Federal Rules of Evidence (USA)
GC	Grand Chamber EIT:n Suuri jaosto
HD	Högsta domstolen (Ruotsi)
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus (Suomi ja Ruotsi)
HR	Høyesterett (Norja)
JT	Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet
KO	Käräjäoikeus (Suomi)
LM	Lakimies (Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen aikakauskirja)
RB	Rättegångsbalken (Ruotsi)
RO	Raastuvanoikeus
SLY	Suomalainen Lakimiesyhdistys
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
Strpl	(Norja) Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) (voimaan 1.1.1986) Norjan rikosasiain prosessilaki.
StrPO	Strafprozessordnung (Saksa)
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap (Norja)
TR	Tingsrätt (Ruotsi)
TT	Työtuomioistuin
TvL	Tvisteloven = Lov lov om mekling og rettergang i sivile tvister = Norjan sovittelu- ja riita-asiain prosessilaki, voimassa 1.1.2008 alkaen
Tvml	Tvistemålsloven = Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13.8.1915 nro 6, Norjan riita-asiain prosessilaki, voimassa 31.12.2007 saakka
ZPO	Zivilprozessordnung (Saksa)

KIRJALLISUUS

1. Virallislähteet

Eduskunta-asiakirjat

Hallituksen esitykset Eduskunnalle

HE 90/1974 lapsen asemaa koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

HE 15/1990 riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi

HE 82/1995 rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi

HE 33/1997 oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta

HE 1998/41 laiksi lähestymiskiellosta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 108/1998 laeiksi oikeudenkäymiskaaren 21 luvun, oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 9 luvun 8 ja 9 §:n sekä käräjäoikeuslain 19 §:n muuttamisesta

HE44/2002 rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi

HE 105/2009 muutoksenhakua käräjäoikeudesta koskevaksi lainsäädännöksi

HE 222/2010 esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

HE 58/2013 syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämisestä koskevien säännösten uudistamiseksi

HE 46/2014 oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi

Muut eduskunta-asiakirjat

LAVM 9/1997: Rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen alioikeuksissa

LAVM 19/1997 vp (Hallituksen esitys oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta)

LaVM 28/ 1998:28 HE:stä 1998:110

LaVM 28/2002 vp ja sen liitteenä oleva eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto 31/2002 vp

PeVL 39/2014 vp

Muut kotimaiset virallislähteet

KM 1992:3 Perusoikeuskomitean mietintö.

KM 1992:20 Hovioikeustoimikunnan mietintö.

KM 2008:3 Jatkokäsittelylupa hovioikeudessa.

Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 69/2012: 2012. Edita. (viitattu nimellä Todistelutoimikunta 69/2012).

Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 30/2013. 2013. Oikeusministeriö. (viitattu nimellä Lausuntokooste 30/2013).

OKa 1998: Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1998.

VKS 2007: Valtakunnansyyttäjän yleinen ohje 29.1.2007 syyttäjille. 2007:3. Syyteharkintaratkaisun perustelemisesta.

KKO:n lausunto OH 2012/231: Todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskeva lausunto 30.1.2013 Nro 199. OH2012/231 (Lausunto toimikunnan mietinnöstä ”Todistelu yleisissä tuomioistuimissa” (oikeusministeriön julkaisusarja Mietintöjä ja lausuntoja 69/2012).

Sveriges Rikes Lag, gillad och antagen på Riksdagen Åhr 1734. Med tillägg, förändringar och förklaringar, gällande i Storfurstendömet Finland. Tredje upplagan. Wiborg. (Utgifvarenes förlag.) "Östra Finlands" tryckeri, 1881.

Ulkomaiset virallislähteet

SOU 1975:95. Justitiedepartementet. Telefonavlyssning. Betänkande av utredningen om telefonavlyssning. Stockholm 1975.

SOU 1977:50. Justitiedepartementet. Häktning och anhållande. Betänkande av utredningen angående översyn av häktningsbestämmelserna. Stockholm 1977.

SOU 2017:17. Om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången. Genomförande av EU:s oskuldspresumtionsdirektiv, Delbetänkande av utredningen om vissa straffprocessuella frågor. Stockholm 2017.

Felaktigt dömda. Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. 2006. (eddy.se ab, Visby 2006)

Proposition 2004/2005:131: En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol

Proposition 2004/05:131 (Ruotsi).

Justis- og Politidepartementet (2007): forskning og forskningsbehov i lys av Fritz Moen-sakene, Rapport. (Norja). [www-sivun ilmoitettu osoite: http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/nyheter/2007/forsknings-og-forskningsbehov-i-lys-av-fr.html?id=481684](http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/nyheter/2007/forsknings-og-forskningsbehov-i-lys-av-fr.html?id=481684).

Sivilombudsmannen (Norja) 24.1.2012 (2011/871): ” Krav til bevisets styrke ved ileggelse av 50 % tilleggsavgift.”

U.S. Federal Rules of Evidence (FRE) + Notes.

Muut ulkomaiset ennakkopäätökset ja ratkaisut

Bater v. Bater: Bater v. Bater CA 1950, [1950] 2 All ER 458.

People v. Collins: 438 P.2d 33 (1968). Crim. No. 11176. In Bank. Mar. 11, 1968.
(= People v. Collins, 68 Cal.2d 319 [Crim. No. 11176. In Bank. Mar. 11, 1968.]

Daubert v Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

Göta hovrätt 2017-02-06, B 2626-16.

Hynes v. New York Cent. R.R. Co., 231 N.Y. 229, 131 N.E. 898 (1921)

McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973)

New York Life Insurance Co. v. McNeely, Ariz. 79 Pac. 2d 948.

People v. Collins, 68 Cal. 2d 319 (Cal. 1968)

Tenax Steamship Co v Owners of the Motor Vessel Brimnes [1974]
EWCA Civ 15, ('The Brimnes' (1973) 1 All E.R. 769 ss. (Brandon, J)

Texas Department of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981)

EU-tuomioistuimen ratkaisut

San Giorgio: C-199/82 - Amministrazione delle finanze dello Stato v. SpA San Giorgio. ECLI:EU:C:1983:318. YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO 9 päivänä marraskuuta 1983.

Steffensen: C-276/01. Joachim Steffensen. ECLI:EU:C:2003:228. YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto) 10 päivänä huhtikuuta 2003.

Laboratoires Boiron: C-526/04. Laboratoires Boiron SA vastaan Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, jolle Agence centrale des organismes de sécurité socialen (ACOSS) oikeudet ja velvollisuudet ovat siirtyneet. ECLI:EU:C:2006:528. YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto) 7 päivänä syyskuuta 2006.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja komission ratkaisut

A. L. v. Suomi 27.1.2009. ECLI:CE:ECHR:2009:0127JUD002322004

Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.12.2011. Suuri jaosto. ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605.

Barberà, Messegué ja Jabardo vs. Espanja 6.12.1988 [10590/83]
ECLI:CE:ECHR:1988:1206JUD001059083

Doorson v. Alankomaat 26.3.1996. ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492

Eerikäinen ja muut v. Suomi 10.2.2009. ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD000351402

Irlanti v. Yhdistynyt kuningaskunta 18.1.1978. Suuri jaosto. [5310/71] ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071

Itävalta v. Italia (komissio) 11.1.1961 [788/60] ECLI:CE:ECHR:1961:0111DEC000078860

Janosevic v. Ruotsi 23.7.2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0723JUD003461997

Klaas v. Saksa 22.9.1993. ECLI:CE:ECHR:1993:0922JUD001547389

Lucà v. Italia 27.2.2001. ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD003335496

Lucky Dev v. Ruotsi 27.11.2014. ECLI:CE:ECHR:2014:1127JUD000735610

Nachova ym. v. Bulgaria 6.7.2005 Suuri jaosto [43577/98 ja 43579/98] ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798

Neđo Ajdarić v. Kroatia 13.12.2011 ECLI:CE:ECHR:2011:1213JUD002088309

Salabiaku v. Ranska 7.10.1988. ECLI:CE:ECHR:1988:1007JUD001051983

Schatschaschwili v. Saksa 15.12.2015. Suuri jaosto. ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410

S.N. v. Ruotsi 2.7.2000. ECLI:CE:ECHR:2002:0702JUD003420996

Zolotukhin v. Venäjä 10.2.2009. Suuri jaosto. ECLI:CE:ECHR:2009:0210J
UD001493903

EU:n aineisto ja direktiivit

Syyttömyysolettamadirektiivi: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/343, annettu 9 päivänä maaliskuuta 2016, eräiden syyttömyysoletta-
maan liittyvien näkökohtien ja läsnäoloa oikeudenkäynnissä koskevan oikeuden
lujittamisesta rikosoikeudellisissa menettelyissä.

Euroopan unionin perusoikeuskirja
(2012/C 326/02). FI 26.10.2012 Euroopan unionin virallinen lehti C 326/391.

KIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis, Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta. LM 4 /1977, s. 316 – 356.
- Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989.
- Aarnio, Aulis, Oikeustieteen muuttuminen. Onko sitä ja pitäisikö sitä olla? Oikeus 3 /1996 s. 223 – 226.
- Ahnger, Allan, Todistusharkinta ja tuomarin intuitio. Teoksessa Turun hovioikeuden II tuomaripäivät 12.5.1983. s. 26 – 42.
- Aho, Kimmo, Leino, Ulla, Oikeuslääkinnällinen isyystutkimus. Helsinki 1977.
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. (Erste Auflage 1983). 8. Auflage 2015. Suhrkamp Verlag. Frankfurt am Main.
- Alkio, Paavo, Eräitä tulkintaseikkoja. Vaasan hovioikeuden VI tuomarikokouksen pöytäkirja 29. ja 30.5.1975 s. 23 – 32. Moniste. - Julkaistu myös teoksessa Paavo Alkio, Tuomarin kirjoituksia viideltä vuosikymmeneltä. SLY C 14. Helsinki 1977. s. 266 – 272.
- Allen, Ronald J., A Reconceptualization of Civil Trials. s. 21 – 60 teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism. Kluwer Academic Publishers 1988. [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109]
- Andenæs, Johs. (Johannes), Norsk straffeprosess. 4. utgave. 5. opplag 2015. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer. Universitetsforlaget. Oslo 2015.
- Anderson, Terence – Schum, David – Twining, William, Analysis of Evidence. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge 2005.
- Andersson, Simon, Skälig misstanke. Wolters Kluwer 2016.
- Andersson, Simon, Skälig misstanke. En handbok. Wolters Kluwer 2017.
- Augdahl, Olin, Om bevisbyrden i tvistemål. Gyldendal norsk forlag. Oslo 1929.
- Augdahl, Per, Norsk civilprosess. 3. utgave 1961 = 4. utgave 1971 (”nøddoptrykk”). Juridisk studentutvalg (1971) Trondheim (1961). Trykt hos A. Holbæk Eriksen & Co. A.s. (1961), Oscar Andersens Boktrykkeri A/S. Avd. Iték. (1971)
- Axberger, Hans-Gunnar – Menten Feryal – Palmgren Goodhe, Karin – Västberg Jens: Felaktigt dömda. Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. eddy.se ab. Visby 2006.
- Axberger, Hans-Gunnar – Menten Feryal - Palmgren Goodhe, Karin - Västberg Jens: Felaktigt dömda. JT 4 /2006 – 07 (årg.18) nro 4 s. 975 – 993.
- Backman, Eero, Oikeudellisen ratkaisun loogisista perusteista. LM 8 /1970 s. 1037 – 1055.

- Backman, Eero, Mieteitä analyttisen oikeusteorian johdosta. Oikeustiede-Jurisprudentia II 1972:1. Vammala. SLY 1972 s. 315 – 360.
- Bayles, Michael D., Principles of Law. A Normative Analysis. Law and Philosophy Library. D. Reidel Publishing Company 1987 (Dordrecht, Holland).
- Bender, Rolf – Nack, Armin – Treuer, Wolf-Dieter, Tatsachenfeststellung von Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre. Vernehmungslehre. 3. Auflage. Verlag C. H. Beck, München 2007.
- Bertalanffy, Ludwig von: General System Theory. Foundations, Development, Applications. Revised Edition. First published 1969. Fourteenth Paperback Printing. New York 2003.
- Björling, Erik, Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen. Juridiska institutionens skriftserie. Skrift 022. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet 2017.
- Bladini, Moa, I objektivitetets sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål. Makadam förlag Göteborg – Stockholm 2013.
- Bolding, Per Olof, Bevisbördan och den juridiska tekniken. Appelbergs boktryckeri-aktiebolag. Uppsala 1951.
- Bolding, Per Olof, Aspects of the Burden of Proof teoksessa Scandinavian Studies in Law (Stockholm Institute for Scandinavian Law) 4 /1960 s. 9 – 27.
- Bolding, Per Olof, Osannolikhet eller ovisshet? En fråga om behandlingen av alternativhypoteser vid bevisvärderingen. SvJT 1988 s. 606 – 609.
- Bolding, Per Olof, Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen. Norstedts Förlag AB. Stockholm 1989.
- Bolding, Per Olof, Beviskravet teoksessa Rätt och sanning s. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26 – 27 maj 1989. Förhandlingarna utgivna av Hannu Tapani Klami. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Juridiska Föreningen i Uppsala. Uppsala 1990.” s. 106 – 112.
- Boman, Robert, Bevisbördan teoksessa Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26 – 27 maj 1989. Förhandlingarna utgivna av Hannu Tapani Klami. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Juridiska Föreningen i Uppsala. Uppsala 1990. s. 113 – 117.
- Boman, Robert, Ett rättsfall om bevisbördan (NJA 1976 s 667). Teoksessa Festskrift till Per Olof Bolding. Red. Lars Heuman. Stockholm 1992 s. 49 – 56.
- Boman, Robert, Bevisbörda och civilrätt. Teoksessa Festskrift till Bertil Bengtsson, Göteborg 1993 s. 63 – 72.
- Brilmayer, Lea: Second-Order Evidence and Bayesian Logic. s. 147 – 167 teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism. Kluwer Academic Publishers 1988. [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109]
- Brusiin, Otto, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. SLY (A) 14. Helsinki 1938.

- Carnap, Rudolf, Logical Foundations of Probability. The University of Chicago Press. Routledge & Kegan Paul. Chicago 1962.
- Cohen, L. Jonathan, The Probable and the Provable. Clarendon Press. Oxford 1977. Reprinted 2011.
- Cohen, L. Jonathan, Freedom of Proof teoksessa William Twining (ed.), Facts in Law. Association for Legal and Social Philosophy. Ninth annual conference at Hatfield College, University of Durham, 2nd – 4th April 1982. Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden 1983. s. 1 – 21.
- Cohen, L. Jonathan, The Role of Evidential Weight in Criminal Proof teoksessa P. Tillers and E. D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism. Boston Studies in the Philosophy of Science, Volume 109. Kluwer Academic Publishers, The Netherlands 1988. s. 113 – 128.
- Cohen, L. Jonathan, The Philosophy of Induction and Probability. Clarendon Press. Oxford 1989.
- Dahlman, Christian, Beviskraft. Metod för bevisvärdering i brottmål. Institutet för rättsvetenskaplig forskning CCXII. Norstedts Juridik. Stockholm 2018.
- Damaška, Mirjan: Free Proof and its Detractors. The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3 (Summer 1995) pp. 343-357. Published by: American Society of Comparative Law.
- Damaška, Mirjan, Evidence Law Adrift. Yale University Press. New Haven & London. 1997.
- Damaška, Mirjan, Truth in Adjudication, 49 HASTINGS L.J. 289 (1998) s. 289 – 308.
- Decock, Wim, The Judge's Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness teoksessa Georges Martyn, Anthony Musson and Heikki Pihlajamäki, From the Judge's *Arbitrium* to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials s. 69 – 94. Duncker & Humblot. Berlin 2013. [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History Band 31.]
- Den Boer, Monica G. W., A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-Room teoksessa Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence. Edited by Patrick Nerhot. s. 346 – 377. Law and Philosophy Library. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht 1990.
- Dennis, I. H., The Law of Evidence. Second Edition. Thomson Sweet & Maxwell. London 2002. (Reprinted 2004).
- Diesen, Christian, Bevisprövning i brottmål. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1994.
- Diesen, Christian, Beyond Reasonable Doubt. Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases. Scandinavian Studies in Law. Stockholm Institute of Scandinavian Law 2000. s. 169 – 180.
- Diesen, Christian: Bristande professionalism – om utredning, objektivitet, resning och bevisvärdering i fallet med den livstidsdömde hemvårdaren. JT 1 /2002 - 03 s. 211 – 231.

- Diesen, Christian, Inga bevis för oskyldigt dömda. JT 2 /2006 – 07 s. 231 – 246.
- Diesen, Christian – Björkman, Johanna, DNA-bevis är inte alltid starka. JT 4 /2004 – 05 s. 890 – 904.
- Diesen, Christian – Strandberg, Magne, Bevisprövning i tvistemål. Teori och praktik. Bevis 9. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2012.
- Diesen, Christian, Bevisprövning i brottmål. Andra upplagan. Bevis 10. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2015.
- Diesen, Christian, Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat. JT 3 / 2015 – 16 s. 666 – 678.
- Eckhoff, Torstein, Tvilsrisikoen (Bevisbyrden). Forlagt av Johan Grundt Tanum. Oslo 1943.
- Eckhoff, Torstein, Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrde teorien. Foredrag holdt i Norsk Forsikringsjuridisk Forening den 21.oktober 1949. Norsk Forsikringsjuridisk Forenings publikasjoner Nr. 29.
- Eckhoff, Torstein, Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems teoksessa Scandinavian Studies in Law (22). Stockholm Institute of Scandinavian Law. 1978. s. 38 – 51.
- Eckhoff, Torstein, Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen. SvJT 1988 s. 321 – 339.
- Eckhoff, Torstein, Temametode og bevisverdimetode på ny teoksessa Festskrift till Per Olof Bolding, red. Lars Heuman. Juristförlaget. Stockholm 1992. s. 85 – 103.
- Eckhoff, Torstein – Sundby, Nils Kristian, The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence teoksessa Scandinavian Studies in Law Vol. 19, 1975, (ed.) Folke Schmidt, Stockholm 1975, s. 121 – 151.
- Eckhoff, Torstein – Sundby, Nils Kristian, Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. Oslo 1991.
- Eggleston, Richard (Sir), Generalisations and Experts teoksessa William Twining (ed.), Facts in Law. Association for Legal and Social Philosophy. Ninth annual conference at Hatfield College, University of Durham, 2nd – 4th April 1982. Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden 1983. s. 22 – 36.
- Eide, Erling, Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet. Cappelen Damm (Akademisk) AS, Oslo 2016.
- Eide, Erling, [Recension av] ”*Christian Dahlman: Beviskraft. Metod för bevisvärdering i brottmål. Norstedts Juridik, 2018*”. TfR 1 /2020, s. 97 - 102.
- Ekelöf, Per Olof, Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda. Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt. Uppsala universitets årsskrift 1947:6. Uppsala 1947 s 1 – 17.
- Ekelöf, Per Olof, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Några problem inom den allmänna processrättsläran. Institutet för rättsvetenskaplig forskning VIII. P.A. Norstedt & söners förlag. Stockholm 1956.
- Ekelöf, Per Olof, Free Evaluation of Evidence. Teoksessa 8 Scandinavian Studies in Law 47. Ed. Folke Schmidt. 1964 s. 46 – 66.

- Ekelöf, Per Olof, Rättegång. Fjärde häftet. Fjärde reviderade/omarbetade upplagan. Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XXXVIII]. P. A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1977.
- Ekelöf, Per Olof, Rättegång. Fjärde häftet. Femte, omarbetade upplagan. Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XXXVIII]. P. A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1982.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert, Rättegång. Första häftet. Sjunde upplagan. Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XV]. Norstedts. Stockholm 1990.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert, Rättegång. Fjärde häftet. Sjätte, omarbetade upplagan (upplaga 6:3). Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XXXVIII]. Norstedts Juridik. Göteborg 1992 (6:3 1995).
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars: Rättegång. Fjärde häftet. Sjunde upplagan. Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XXXVIII]. Nordstedts Juridik. Stockholm 2009.
- Ellilä, Tauno, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano. Prosessioikeutta oikeustapausten valossa. Kolmas, uusittu painos. WSOY Porvoo – Helsinki 1976. (SLY B 57).
- Engisch, Karl: Logische Studien zur Gesetzanwendung. Zweite Auflage. Carl Winter Universitätsverlag. Heidelberg 1960. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophis-historische Klasse Jahrgang 1960. 1. Abhandlung.
- Ervasti, Kaijus, Käräjäoikeuden sovintomenettely – tutkimuksen lähtökohtia. Lectio praecursoria 26.3.2004. Oikeus 2 / 2004 s. 221 – 225.
- Ervo, Laura, Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996.
- Ervo, Laura, Todistelun avoimuus teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Toimittaja Ari-Matti Nuutila. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2003. A. Juhlajulkaisut N:o 12. s. 163 – 185.
- Ervo, Laura, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki. WSOY 2005.
- Felaktigt dömda: ks. Axberger, Hans-Gunnar ym. 2006.
- Fredman, Markku, Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään. Alma Talent Oy ja Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2018.
- Fitger, Peter – Renfors, Cecilia: Sveriges rikes lag: processrätt 2. RB kap. 35 – 39. 4. uppl., Stockholm. Norstedts juridik 2001.
- Frände, Dan, Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. LM 8 /1998 s. 1247 – 1254.
- Frände, Dan, Finsk straffprocessrätt I. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Helsingfors 1999.
- Frände, Dan, Vastaväittäjän lausunto Laura Ervon väitöskirjasta Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. LM 3 /2005 s. 497 – 505.

- Frände, Dan, Vastaväittäjän lausunto Päivi Hirvelän teoksesta Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. LM 1 /2007 s. 143 – 156.
- Frände, Dan, [Anmälan av] Katrin Lainpelto, Stödbevisning i brottmål (ak.avh.) Jura Förlag, 2012, 336 s., i JT 2 /2012 – 13, s. 470 – 477.
- Frände, Dan, Finsk straffprocessrätt. Edilex libri. Edita Publishing Oy 2009. Helsinki.
- Frände, Dan, Sanningen i den finska bevisreformen. JFT 5 – 6 /2015 s. 420 – 430.
- Geipel, Andreas, Die Notwendigkeit der Objektivierung der Beweiswürdigung und Vorschläge zu ihrer Durchführung. Dissertation Universität Passau, 2008. Zap Verlag. Lexis Nexis Deutschland GmbH, Münster 2008.
- Gentele, Oskar, Ostridiga handlingar i civilprocessen. JT 3 / 2017 – 18 s. 582 – 588.
- Gentele, Oskar, Stridiga handlingar i civilprocessen. JT 4 /2017 – 18 s. 802 – 811. (2017 – 18a)
- Gifis, Steven H., Law Dictionary. Sixth Edition. Barrons 2010.
- Gillies, Donald, Philosophical Theories of Probability. (Reprinted) 2010. Routledge. Taylor & Francis Group.
- Gomard, Bernhard, Civilprocessen. 3. udgave. Under medvirken af Allan Walbom. G.E.C Gads Forlag. København 1990.
- Gould, William B. IV, Employment Protection and Job Security Regulation in the United States and Japan: A Comparative View. Teoksessa Employment Security and Labor Market Behavior. Interdisciplinary Approaches and International Evidence. Toim. Christoph F. Buechtemann. Cornell International Industrial and Labor Relations Report Number 23. s.165 – 179. Ithaca, New York 1993.
- Granfelt, Otto Hjalmar, Ur Finlands civilprocessrätt. Utveckling mot materiell rätt och psykologisk uppfattning. Föredrag, hållet i Stockholm och Uppsala våren 1943, delvis förfullständigt. Teoksessa Valda juridiska uppsatser. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie n:o 14 s. 9 – 25. Helsingfors 1944.
- Graver, Hans Peter, Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, TfR 2004 s. 465 – 469.
- Gregow, Torkel, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn. SvJT 1996 s. 509 – 523.
- Gräns, Minna, Onko hyvä kertomus puoli näyttöä? teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Toim. Ari-Matti Nuutila. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A Juhlajulkaisut N:o 12. 2003. s. 187 – 214.
- Gräns, Minna, Om hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen, JT 3 / 2006 – 07 s. 782 – 792.
- Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Fünfte Auflage. Suhrkamp. Frankfurt am Main 1997.
- Halijoki, Juha, Vastajan tunnustus rikosprosessissa. DL 5 /2004 s. 791 – 817.

- Halila, Jouko, Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. SLY A 39. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1950. (Vammala / Tyrvään kirjapaino Oy, painopaikka).
- Halila, Jouko, Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. SLY B 74. WSOY Helsinki 1955.
- Halila, Jouko, [Esittely kirjasta] Lauri Hormia: Todistamiskielloista rikosprosessissa II. SLY A 135. Vammala 1979. LM 2 / 1980 s. 178 – 180.
- Hallaq, Wael B., An Introduction to Islamic Law. Cambridge University Press. Cambridge 2009.
- Halldén, Sören, Nyfikhetens redskap. En bok om kritiskt tänkande inom vetenskapen och utanför. Studentlitteratur. Lund 1980. (Andra tryckningen. Lund 1981.)
- Hatakka, Minna, Näyttökynnys ja erehtymisriski. (Helsingin yliopiston) Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 8. Helsinki 1991.
- Havansi, Erkki: Taakkaa kerrakseen. Teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Suomen Asianajajaliitto. Helsinki 1994, s. 90 – 99.
- Heinonen, Olavi, Täysi näyttö ja tuomitsemiskynnys rikosasioissa. LM 4 / 1980 s. 321 – 336.
- Heiskanen, Heikki, Oikeusoppia systeemiteoreettisesti tarkasteltuna. teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia IV 1973. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1973 s. 185 – 275.
- Helin, Markku, Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920 – 1960. SLY A 178. Helsinki 1988.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko, Esitutkinta ja pakkokeinot. Talentum Media Oy. Helsinki 2012.
- Hertzberg, L. R. (Leo), Bör domstol redogöra för bedömningen av bevismaterialet? teoksessa Juridiska Föreningen i Finland 100 år. Festschrift utgiven av Juridiska Föreningen in Finland. Helsingfors 1962. (J. Simelii arvingars boktryckeri AB.) s. 106 – 117.
- Heuman, Lars, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål. Norstedts Juridik Ab. (Upplaga 1:2. 2008). Visby/Vällingby (Tryck: 2008 Vällingby). 2005.
- Heuman, Lars, Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen, JT 4 / 2005 – 06 s. 768 – 789.
- Heuman, Lars, Skyldigheten enligt RB 17:3 att göra förnekanden och kontradiktoriska och konträra åberopanden. JT 4 / 2007 – 08 s. 909 – 919.
- Heuman, Lars, Stegvis och argumentationsvis uppbyggda prejudikat samt negativa rättsgrundsatser. JT 2 / 2017 – 2018 (Årgång 29) s. 307 – 320.
- Heuman, Lars, Om processuell omöjlighet teoksessa Festschrift till Stefan Lindskog. Nummer 31 i Centres skriftserie. Jure Förlag AB. Stockholm 2018. s. 261 – 277.
- Hirvelä, Päivi, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYpro. Dark Oy. Vantaa 2006.

- Hirvelä, Päivi, Heikkilä, Satu, Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2., uudistettu painos. Alma Talent. Helsinki 2017.
- Ho Hock Lai, A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth. Oxford Monographs on Criminal Law and Justice. Oxford University Press. Oxford 2008.
- Holdcroft, David, Relevance in Legal Proof teoksessa William Twining (ed.), Facts in Law. Association for Legal and Social Philosophy. Ninth annual conference at Hatfield College, University of Durham, 2nd – 4th April 1982. Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden 1983. s. 127 – 144.
- Holmgård, Lars, Bevisning i brottmål. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2019.
- Hov, Jo, Rettergang I. Sivil- og straffeprosess. Papinian. Oslo 1999.
- Husa, Jaakko, Oikeudellisten siirrännäisten ongelmallisuus – esimerkkinä oikeus-systematiikka ja hallintolainkäytön organisointi. LM 3 /1999 s. 376 – 397.
- Hägerström, Axel, Om moraliska föreställningars sanning. Albert Bonniers förlag 1911. (Stockholm)
- Jauernig, Othmar, Ziviprozessrecht. Ein Studienbuch. 28., völlig neubearbeitete Auflage des von Friedrich Lent begründeten Werkes. Verlag C. H. Beck München 2003.
- Jokela, Antti, Uusi hovioikeusmenettely. Kauppakaari Oyj/Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.
- Jokela, Antti, Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. Toinen, uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2015.
- Jokila, Helena, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktio. SLY A 298. Helsinki 2010.
- Jonkka, Jaakko, Syytekynnyks. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys. SLY A 187. Helsinki 1991.
- Jonkka, Jaakko, Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:6. Helsinki 1992.
- Jonkka, Jaakko, Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1993.
- Kahneman, Daniel – Tversky, Amos, On the psychology of prediction. Teoksessa Kahneman, Daniel – Slovic, Paul – Tversky, Amos (eds.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Cambridge University Press 1982. Cambridge. s. 48 – 68.
- Kahneman, Daniel, Ajattelu nopeasti ja hitaasti. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Terra Cognita. Helsinki 2012.
- Karma, Helena, Tuomioistuinten tapahtumatulkinnat, tieto ja totuus teoksessa Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Helena Karma – Minna Ruuskanen (toim.), Oikeuden tekstit diskursseina. SLY B 13. Helsinki 2006 s. 61 – 88.
- Karvonen, Erkki, Kohti relationaalista tietokäsitystä teoksessa Kari Stachon (toim.), Näkökulmia tietoyhteiskuntaan. Gaudeamus. Tampere 1997 s. 171 – 202.
- Kaye, David H., A First Look at ”Second-order Evidence” teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and

- Limits of Bayesianism. Kluwer Academic Publishers 1988 [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109] s. 177 – 183.
- Kaye, David H., Introduction. What Is Bayesianism? teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism. Kluwer Academic Publishers 1988. [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109] s. 1 – 19.
- Keane, Adrian – McKeown, Paul, The Modern Law of Evidence. 11th Edition. Oxford University Press. Oxford 2016.
- Kilpi, Lassi, Havaintoja hallintoneuvoksen virasta. Teoksessa Juhlajulkaisu Antti Suviranta 1923 30/11 1993. SLY C 23. Helsinki 1993 s. 81 – 91.
- Kivivuori, Antti: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I Rikoslainsäädäntö 1809 – 1875. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja A 1. 1969.
- Kivivuori, Antti, Eksyneitä. Alustus Tieteiden talolla 25.3.1998 ”Minun metodini”-kirjan tiimoilta pidetyssä tilaisuudessa. Oikeus 3 /1998 s. 315 – 319.
- Kjus, Audun, Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker. Unipub AS. Oslo 2008.
- Klami, Hannu Tapani, Sääntö ja käyttäytyminen. Tutkimus oikeusnormin voimassaololauseiden justifikaation epistemologisista perusteista. Oikeustiede -Jurisprudentia XII 1979. Helsinki. SLY 1979 s. 133 – 191.
- Klami, Hannu Tapani, Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksen teon ja oikeusnormipropositoiden tavoitteellisesta justifoinnista ja kontrollista. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja A:19:1979. Turku 1979. (Klami 1979 A).
- Klami, Hannu Tapani, Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopiston julkaisuja. Sarja C Osa – Tom. 42. Turku 1983.
- Klami, Hannu Tapani, Kommentar till diskussionen om bevisvärde och bevisbörda. teoksessa 'Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26 – 27 maj 1989. Förhandlingarna utgivna av Hannu Tapani Klami. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag. Juridiska Föreningen i Uppsala. Uppsala 1990 s. 67 – 70.
- Klami, Hannu Tapani, Eräistä todistusharkintakysymyksistä rikosprosessissa. LM 3 / 1991, s. 291 – 312.
- Klami, Hannu Tapani, Juridisten argumenttien punnintamalli. LM 6 / 1995 s. 1066 – 1081.
- Klami, Hannu Tapani, ”Reaaliset” argumentit. LM 1996 s. 468 – 476.
- Klami, Hannu Tapani, Lagen, sanningen och tingsgemenskapen. JFT 1 / 1997 s. 31 – 46.
- Klami, Hannu Tapani, Oikeustapauskommentaari KKO 1998:83. LM 8 / 1998 s. 1384 – 1395.
- Klami, Hannu Tapani, Todistusratkaisu. Kauppakaari Oyj/Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000.

- Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula Johanna, Law and Truth. A Theory of Evidence. Commentationes Scientiarum Socialium 56/2000. Suomen Tiedeseura. Helsinki 2000.
- Klami, Hannu Tapani – Marklund, Mikael – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna, Ett rationellt beviskrav. SvJT 1988 s. 589 – 605.
- Klami, Hannu Tapani – Marklund, Mikael – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna, Täysi näyttö. Teoriaa, asenteita ja todellisuutta. LM 5 / 1988 s. 467 – 489. – Julkaistu myös teoksessa Todistelun ongelmia. Oikeus ja totuus -projektin kirjoituksia. Toimittanut Hannu Tapani Klami. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1995, s. 37 – 61.
- Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna, Todistusharkinta ja todistustaakka. Johdatus todistusoikeuden perusteisiin. Lakimiesliiton Kustannus. painopaikka Mänttä.1987.
- Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Rahikainen, Marja, Synpunkter på forskning om bevisfrågor. JFT 1 / 1988 s. 22 – 28.
- Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna, Evidence and Legal Reasoning: On the Intertwinement of the Probable and the Reasonable. *Law and Philosophy* 10: s. 73 – 107. 1991.
- Kolflaath, Eivind, Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring. Tfr 1 – 2 /2007 (vol. 120) s. 171 – 219.
- Kolflaath, Eivind, Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil. Lov og Rett 3 /2008 s. 149 – 165.
- Kolflaath, Eivind, Bokanmeldelse: ”Lena Schelin: Bevisvurdering av utsagor i brottmål. Norstedts Juridik , Stockholm 2007. 281 s.” Tfr 2 /2008 [Årg. 121] s. 248 – 253. **(2008a)**
- Kolflaath, Eivind, Bokanmeldelse: ”Audun Kjus: Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker. Unipub, Oslo 2008. 243 sider.” Lov og Rett 8 /2009. [Årg. 48] s. 508 – 511.
- Kolflaath, Eivind, Bevist utover enhver rimelig tvil. Tfr 2 /2011 (Vol. 124) s. 133 – 196.
- Kolflaath, Eivind, Bevisbedømmelse i praksis. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. Bergen 2013.
- Kolflaath, Eivind, Bokanmeldelse: ”Moa Bladini, I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål. Makadam förlag, Stockholm/Göteborg 2013.” Retfærd [Årgang 36] 2013 Nr. 3 /142 s. 90 – 96. **(2013 A)**
- Koulu, Riikka, Virtuaaliläsnäoloa istuntosalissa – oikeudenkäynnin tulevaisuus vai teknologiauskoisten utopia? DL 1 /2011 s. 73 – 86.
- Koulu, Riikka – Koulu, Risto – Koulu, Sanna, Tuomarin roolit tuomioistuimissa. Alma Talent (yhteistyössä Lakimiesliiton Kustannus). Helsinki 2019.
- Koulu, Risto, Oikeustapauskommentaari KKO 2005:69: ”Todistustaakka etumaksun kohdentamisesta” teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2005. Talentum ja Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2005. s. 513 – 515 (521).

- Koulu, Risto, Oikeustapauskommentaari KKO 2013:23: 'Negatiivisen oikeusvoiman ulottuvuus' teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2013. Talentum Media Oy. Helsinki 2013. s. 213 – 218.
- Kullberg, Mikael, Bevisbörda och beviskrav. Karnov Group 2018.
- Kuusimäki, Matti, Oikeustositteikat ja todistustositteikat – ystäviä vai vihollisia? DL 4 / 1994 s. 429 – 442.
- Könkkölä, Justus, Vastuuvakuutus vahingonkorvausriidassa. Talentum Media Oy. Helsinki 2009.
- Lainpelto, Katrin, Stödbevisning i brottmål. Jure Förlag AB. Stockholm 2012.
- Lambertz, Göran, Belägg för oskyldigt dömda. JT 3 /2006 – 07 s. 796 – 807.
- Lappalainen, Juha, Oikeustapauskommentaari KKO 1983 II 55. LM 7 / 1983 s. 836 – 838.
- Lappalainen, Juha, Oikeustositteikka ja todistustositteikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. LM 6 /1986 s. 756 – 770.
- Lappalainen, Juha, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. SLY A 169. Helsinki 1986.
- Lappalainen, Juha, Alioikeusuudistus 1987 ja 1991. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. Lakimiesliiton Kustannus 1991. (Suomen Lakimiesliiton kirjasarja N:o 109)
- Lappalainen, Juha, Oikeustapauskommentaari KKO 1992:133. DL 1 /1993 oikeustapausosasto s. 1 – 6.
- Lappalainen, Juha, Oikeustapauskommentaari KKO 1992:137. LM 2 /1993, s. 237 – 241. (1993a)
- Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus I. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1995.
- Lappalainen, Juha, Milloin hovioikeudessa on kysymys kärjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun uskottavuudesta? – OK 26:15,1:n tulkintaa teoksessa [Pekka Ruokonen – Hans Sundblad – Matti Ylöstalo (toimituskunta),] Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta 27.10.1999. Helsinki 1999. s.181 – 194.
- Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus II. Kauppakaari/Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001.
- Lappalainen, Juha, Siviilijutun käsittely kärjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Forum Iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Helsinki 2002.
- Lappalainen, Juha, Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta teoksessa Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2004, s. 147 – 167.
- Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosten seuraamukset. WSOY Lakitieto. Helsinki 2000.
- Lassen, Bengt, Anmälan av Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt. (Uppsala 1947). SvJT 1949 s.197 – 200.

- Laudan, Larry, Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press. Cambridge 2006.
- Laukkanen, Sakari, Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä. SLY A 204. Helsinki 1995.
- Laukkanen, Sakari, Kirja-arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Civilprocessen. Iustus Förlag AB. Uppsala 1998. LM 4 / 1999 s. 619 – 627.
- Laukkanen, Sakari – Liljenfeldt, Robert, Pääsy hovioikeuteen. DL 4/1999 s. 661 – 670. Julkaistu uudelleen teoksessa Robert Liljenfeldt, Rättsliga uppsatser. Vasa hovrätt, Vasa 2018, s. 179 – 188.
- Launiala, Mika, Syyttömyysolettamasta erityisesti esitutinnan näkökulmasta. Artikkeliteoksessa Esitutinnan funktiot ja esitutkintaperiaatteet. Publications of the University of Eastern Finland. Dissertations in Social Sciences and Business Studies No 70. Itä-Suomen yliopisto. Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta. Joensuu 2013. http://epublications.uef.fi/pub/urn_isbn_978-952-61-1309-8. Julkaistu Edilex-artikkelina 24.8.2010 (2010/19) <http://www.edilex.fi/artikkelit/7232>.
- Lehtimaja, Lauri, Aineellinen totuus ja järkevä epäily. LM 2 / 1981 s. 170 – 174.
- Leppänen, Tatu, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998 (A 217).
- Letto-Vanamo, Pia, Käräjäyhteisön oikeus. Oikeudenkäyttö Ruotsi-Suomessa ennen valtiollisen riidanratkaisun vakiintumista. Oikeushistorian julkaisuja 2. Helsingin yliopisto, Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1995.
- Letto-Vanamo, Pia, Internationella idéer och den nationella realiteten. Teoksessa Jukka Kekkonen – Pia Letto-Vanamo – Päivi Paasto – Heikki Pihlajamäki (Toim./red.): Norden, rätten, historia. Festskrift till Lars Björne. SLY E-sarja N:o 11. Helsinki 2004 s. 115 – 128.
- Lilius, Frans Oskar (F. O.), Uusi suunta Saksan lakitieteessä, LM 1910 s. 138 – 147.
- Liljenfeldt, Raija – Liljenfeldt, Robert: Sovinnosta riita-asioissa. DL 5 – 6 / 1993 s. 294 – 307. Julkaistu uudelleen teoksessa Liljenfeldt, Robert, Rättsliga uppsatser. Vasa hovrätt. Vasa 2018 s. 333 – 346.
- Liljenfeldt, Robert – Korhonen, Petteri, Kohti tehokasta ja laadukasta hovioikeusmenetelyä. Onko oikeuden tunteminen yksin tuomioistuimen velvollisuus? DL 6 / 2011 s. 705 – 731. Julkaistu uudelleen teoksessa Liljenfeldt, Robert, Rättsliga uppsatser. Vasa hovrätt. Vasa 2018 s. 229 – 255.
- Lindblad, Frank, Alternativhypotesen – ett hjälpmedel eller en fallgrupp? teoksessa Juridisk Publikation Vol 1 (1), 2009 s. 125 – 136.
- Lindblom, Per Henrik, Processens arkitektur. Jakten på det slutliga beviset i ett funktionshus med flera våningar teoksessa Torbjörn Andersson – Bengt Lindell (red.). Vänbok till Torleif Bylund s. 171 – 260. Iustus Förlag. Uppsala 2003. – Artikkel on julkaistu myös teoksessa Sena uppsatser. Om domstolsprocessen,

- processmaterialiet och den alternativa tvistlösningen. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006, s. 165 – 255.
- Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader, och förhållanden mellan faktum och rätt. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 11. Iustus Förlag, Uppsala 1987.
- Lindell, Bengt, Temametoden och värdeметoden vid juridisk bevisvärdering teoksessa Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26 – 27 maj 1989. Förhandlingarna utgivna av Hannu Tapani Klami. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 30. Iustus Förlag, Juridiska Föreningen i Uppsala. Uppsala 1990 s. 9 – 21.
- Lindell, Bengt, Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Institutet för rättsvetenskaplig forskning [CXLIX]. Norstedts Juridik. C. E. Fritzes AB, Stockholm 1993.
- Lindell, Bengt, Civilprocessen. Iustus Förlag, Uppsala 1998.
- Lindell, Bengt (red) – Eklund, Hans – Asp, Petter – Andersson, Torbjörn, Straffprocessen. Iustus Förlag, Uppsala 2005.
- Lindell, Bengt, Helhetsbedömningar och intresseavvägningar. En introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext. iUSTUS Förlag, Uppsala 2015.
- Lindell, Bengt, Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling. Fjärde upplagan. Iustus Förlag, Uppsala 2017.
- Lindfors, Heidi, Oikeustapauskommentiaari KKO 2003:86: 'Sivullisen omistusoikeusväitteen näyttökynnsy ulosotossa' teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein II 2003. Talentum Media Oy ja Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2004 s. 202 – 204 (209).
- Linna, Tuula, Korkeimman oikeuden päätösten otsikoista. LM 6 /1989 s. 772 – 782.
- Linna, Tuula, Täytäntöönpanoriita ja omistusoikeuskollisio. Kirjoituksia ulosoton oikeussuojajärjestelmästä, osa 3/3. LM 3 /1999 s. 335 – 354.
- Linna, Tuula, Kanteenmuutoskielto, preklusio ja oikeusvoima – prosessioikeuden klassikkoja. LM 3-4 / 2015 s. 339 – 366.
- Lipton, Peter, Inference to the Best Explanation. Second Edition. International Library of Philosophy. Routledge. London and New York 2004. (2005).
- Løvlie, Anders, Beviskrav i fartssaker. Lov og Rett 3 /2008 s. 166 – 180.
- Løvlie, Anders, Rettslige faktabegreper. Gyldendal Norsk Forlag AS. Oslo 2014.
- MacCormick, Neil – Weinberger, Ota, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Law and Philosophy Library. D. Reidel Publishing Company (Dordrecht, Holland) 1986.
- Magnussen, Svein – Melinder, Annika, Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering – en utfordring til rettssikkerheten? Lov og Rett 10 / 2014 s. 607 – 621.
- Magnussen, Svein – Stridbeck, Ulf, Vurdering av troverdighet: Hva sier forskningen anno 2020? Tidsskrift for strafferett 1 / 2020 s. 6 – 17.

- Martin, Anne W., A Comment in Defense of Reverend Bayes. s. 169 – 175 teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism*. Kluwer Academic Publishers 1988. [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109]
- Martin, Elizabeth – Law, Jonathan, (editors), (Oxford) *Dictionary of Law*. Sixth Edition. Oxford University Press 2006 (London – New York).
- Mellqvist, Mikael, Om tro, tyckande och vetande. Högsta domstolens värdering av ut-sagor. SvJT 8 / 2013, s. 753 – 778.
- Munukka, Jori, Rättsfall: Bevisbörda och beviskrav för om köparen tagit med sig varan vid butiksköp. JT 1 / 2018 – 19 s. 149 – 163.
- Murphy, Peter, *Murphy on Evidence*, Ninth Edition. Oxford University Press. Oxford 2005.
- Mæland, Henry John, Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven. 3. revidert utgave 2013. Justian AS 2013.
- Niemi, Johanna, Anmälan av ”Erik Björling, Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen (ak.avh.), Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2017, 390 s.” JT 2 /2017 – 18 [Årgång 29] s. 466 – 472.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Velallisen ja velkojan konstruktio kuluttajakonkurssissa teoksessa Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Helena Karma – Minna Ruuskanen (toim.) *Oikeuden testit diskursseina* SLY E 13. Helsinki 2006 s. 135 – 156.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Honkatukia, Päivi – Ruuskanen, Minna, Diskurssianalyysi ja oikeuden teksti, s. 61 – 88 teoksessa Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Helena Karma – Minna Ruuskanen (toim.) *Oikeuden testit diskursseina*. SLY E 13. Helsinki 2006 s. 61 – 88.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004. Helsinki.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Oikeusmurha ruotsalaisittain. *Oikeus* 2 /2007 (36) s. 202 – 209.
- Niiniluoto, Ilkka, Tieteellinen päättely ja selittäminen. Otava. Helsinki 1983.
- Niskakangas, Hanna – Lahtinen, Hanna – Tolvanen, Matti, Tuomareiden tietämys silminnäkijätunnistamisen luotettavuuteen vaikuttavista tekijöistä todistajanpsykologisen tutkimustiedon valossa. DL 6 / 2017 s. 867 – 884.
- Nordh, Roberth, Om bevisprövning av orsakssammanhang. En kommentar till Schultz, *Kausalitetspraktikan*, SvJT s. 465ss. SvJT 2011 s. 643 – 655.
- Norrgård, Marcus, Anspråk och säkringsåtgärd teoksessa *Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring*. rf. Justus ry. 10 vuotta/år. SLY E 5. Helsinki 2001 s. 223 – 234.
- Norrgård, Marcus, Interimistiska förbud i immaterialrätten. Kauppakaari Juristförbundets Förlag. Helsingfors 2002.

- Nuotio, Kimmo, Kirja-arvostelu teoksesta Nils Christie, Kohti vankileirien saaristoa? Rikollisuuden kontrolli teollisuutena länsimaissa. Hanki ja jää. Helsinki 1993. LM 1994 s. 974 - 977.
- Nuutila, Ari-Matti, Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.
- Nylund, Anna: Tillgången till den andra instansen i tvistemål. SLY A 274. Helsinki 2006.
- Oesch, Rainer – Pihlajanmaa, Heli, Patenttioikeus. 2., uudistettu painos. Talentum Oy. Helsinki 2008.
- Oikeusmurha. Raportti suomalaisesta oikeusmurhasta. Pankkiryöstö Turussa 20.4.1994. Asian tutkinta ja oikeusprosessi. Oikeuspoliittinen yhdistys Demla ry. Oikeus 2b /2005.
- Olivecrona, Karl, Beviskyldigheten och den materiella rätten. Almqvist & Wiksells boktryckeri-A.B. Uppsala 1930.
- Olivecrona, Karl, Några synpunkter på de juridiska begreppen teoksessa Festskrift tillägnad Axel Hägerström den 6 september 1928 av Juridiska och filosofiska föreningarna i Uppsala. Uppsala 1928. Almqvist & Wiksells Boktryckeri A.B s. 221 – 228.
- Olivecrona, Karl, Det rättsliga språket och verkligheten. Gleerups 1964 (Lund).
- Olivecrona, Karl, Rätt och dom. Andra upplagan. P.A. Nordstedt & Söners Förlag 1966. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning [XXIV]. (Stockholm)
- Olsson, Thomas, Oskyldiga skall inte behöva bevisa sin oskuld – replik till Diesen. JT 3 / 2006 – 07 s. 808 – 812.
- Paso, Mirjami, Saukko, Petri, Tarukannel, Veijo, Tolvanen, Matti, Hallintolainkäyttö. Talentum 2015.
- Pakes, Francis, Comparative Criminal Justice. Second Edition. Willan Publishing, Devon 2010.
- Peczenik, Aleksander, Rätten och förnunftet. En lärobok i allmän rättslära. 2:a upplagan. Nordstedts förlag AB Stockholm 1988.
- Peczenik, Alexander, Coherence, Truth and Rightness in the Law teoksessa Patrick Nerhot (ed.), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht 1990 s. 275 – 309.
- Petterson, My, Trovärdighetens dimensioner. Tfr 1 / 2017 (vol. 130) s. 3 – 27.
- Petterson, My – Dahlman, Christian – Sarwar, Farhan, Att bedöma personer med kriminell belastning. SvJT 1 /2016 s. 15 – 37.
- Phipson: Phipson, Sidney Lovell – Crane, Peter – Hochberg, Daniel A. – Howard, M. N.: Phipson on Evidence. 14. edition 1990. Sweet & Maxwell. London.
- Pihlajamäki, Heikki, Evidence, Crime and the Legal Profession. The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Institutet för rätthistorisk forskning, Stockholm 1997. (1997a)
- Pihlajamäki, Heikki, Todistusoikeuden syklinen liike – paluuta legaaliseen todisteluun? Käännös englanninkielisestä 15.6.2016 pidetyn väitöstilaisuuden (ks. Pihlajamäki 1997a) *lectio praecursoriasta*. Oikeus 4/1997 s. 382 – 386. (1997b)

- Pihlajamäki, Heikki, Keskiajan oikeudenkäyntimenettely teoksessa Heikki Pihlajamäki – Virpi Mäkinen – Jussi Varkemaa, Keskiajan oikeushistoria.. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura (Tietolipas 218). Helsinki 2007 s. 226 – 252.
- Pölönen, Pasi, Henkilötodistelu rikosprosessissa. SLY A 236. Helsinki 2003.
- Pölönen, Pasi, Om det allmänna eller individuella? – Synpunkter på sakkunnigbevisning. JFT 2 – 4 / 2017 s. 161–173.
- Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tietosanoma. Helsinki 2015.
- Rankinen, Juho, Om att fråga rätt – den ”faktiska” kausaliteten i straffrätten: ett empiriskt fenomen, en normativ konstruktion eller ett mysterium? JFT 6 / 2018 s. 437 – 462.
- Rautio, Jaakko, Oikeustapauskommenttaari KKO 2000:35 ’Tunnustuksen peruuttaminen rikosjutussa. Kysymys vastaajan esitutkintakertomuksen merkityksestä näyttönä rikosasiassa’ teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2000. Talentum. Helsinki 2000 s. 213 – 220.
- Rautio, Jaakko – Frände, Dan, Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita Publishing Oy. Helsinki 2016.
- Riekkinen, Juhana, ’Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa. Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa’ teoksessa SLY Oikeustiede – Jurisprudentia XLVII 2014. Toimittaja Tapani Lohi. Helsinki 2014. s. 118 – 202.
- Riekkinen, Juhana, Sähköiset todisteet rikosprosessissa. Tutkimus tietotekniikan ja verkkoyhteiskuntakehityksen vaikutuksista todisteiden elinkaareen. Alma Talent. Helsinki 2019.
- Robberstad, Anne, Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling. Universitetsforlaget. Oslo 1999.
- Robberstad, Anne, Skyld kan ikke bevises. Lov og Rett 5 / 2013 s. 345 – 357.
- Robberstad, Anne, Sivilprosess. 4. utgave / 1. opplag. Fagbokforlaget, Bergen 2018.
- Roberts, Paul – Zuckerman, Adrian, Criminal Evidence. Second Edition. Oxford University Press. Oxford 2010.
- Ruuskanen, Minna, ’Tuomioistuinratkaisut diskurssianalyysin kohteena’ teoksessa Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Helena Karma – Minna Ruuskanen (toim.) Oikeuden tekstit diskursseina s. 43 – 60. SLY E 13. Helsinki 2006.
- Røsvoll, Tarjei Ellingsen, Overvektsprinsippets fremvekst. TfR 2 – 3 / 2020 s. 161 – 218.
- Saaripuu, Tuire, Vahingonkorvausvastuun määräytyminen luonnollisen henkilön sähköisen identiteetin tunnistus- ja allekirjoituspalveluissa. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Unigrafia Oy. Helsinki 2019.
- Salminen, Markku, Velallisen rikos. Tutkimus velallisen rikosten selvittämisestä erityisesti osakeyhtiöihin kohdistuneiden tekotapojen ja osakeyhtiöitä koskevan oikeuskäytännön valossa. WSOY Lakitieto. Helsinki 1998.
- Saranpää, Timo, Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. SLY A 299. Helsinki 2010.
- Saranpää, Timo, Siviiliprosessuaalista todistustaakkaa koskeva aineellinen prosessinjohto. LM 3 / 2011 s. 504 – 526.

- Saranpää, Timo, Riita-asian näyttökynnys- ja todistustaakkasäännökset todistelutoimikunnan mietinnössä – eräitä näkökohtia ja ehdotuksia. DL 6 / 2013 s. 951 – 966.
- Saranpää, Timo, Asiantuntijat ammeeseen? Ajatuksia asiantuntijoiden vastakkainkuulustelusta ja sen toteuttamisesta. DL 1 / 2018 s. 1 – 18.
- Saunders, John B., Esq., Mozley & Whiteley's Law Dictionary. Ninth Edition. Butterworths. London 1977.
- Schelin, Lena, Bevisvärdering av utsagor i brottmål. Norstedts Juridik. Stockholm 2007.
- Schultz, Mårten, Kausalitetspraktikan, SvJT 2011 s. 465 – 494.
- Schum, David A., Probability and the Processes of Discovery, Proof, and Choice. s. 213 – 270 teoksessa Peter Tillers – Eric D. Green (eds.), Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism. Kluwer Academic Publishers 1988. [Boston Studies in the Philosophy of Science Volume 109]
- Searle, John R., Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge University Press 1988 (reprinted), first published 1969. (New York.)
- Siltala, Raimo, Oikeustieteen tieteenteoria. SLY A 234. Helsinki 2003.
- Sippo, Jukka – Välimaa, Asko, Siviiliprosessin muutetut säännökset. Talentum. Helsinki. 2003.
- Sipponen, Kauko, De sex samhällmakternas system teoksessa Festsskrift tillägnad professor Edward Andersson på hans 70-årsdag den 31 december 2003. Juridiska Föreningen i Finland, kolleger och vänner. Helsinki 2003 s 355 – 369.
- Skoghøy, Jens Edvin A., Tvistemål. 2. utgave. Universitetsforlaget. Oslo 2001.
- Skoghøy, Jens Edvin A., Reelle hensyn som rettskilde. Lov og Rett. [Norsk juridisk tidsskrift.] vol. 52, 4 / 2013 s. 257 – 258.
- Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning. 3. utgave. Universitetsforlaget. Oslo 2017.
- Slobogin, Christopher, Proving the Unprovable. The Role of Law, Science, and Speculation in Adjudicating Culpability and Dangerousness. America Psychology-Law Society Series. Oxford University Press 2007.
- Stening, Anders, Bevisvärde. Acta Universitatis Upsaliensis. Studia Iuridica Upsaliensia 6. 1975.
- Strandbakken, Asbjørn, Uskyldspresumsjonen. ”In dubio pro reo.” Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. Bergen 2003.
- Strandberg, Magne, Beviskrav i sivile saker. En bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. Bergen 2012.
- Strandberg, Magne, Beviskrav i sivile saker – kommentarer til HR-2016-2579-A om beviskrav for selvmord. Tidsskrift for Forretningsjus (Årgang 23) 1/2017 s. 50 – 73.
- Sundberg, Jakob W. F., Uppsalaskolan och den nationella inkapslingen. JFT 2 /1999 s. 170 – 180.
- Sunde, Nina, Digitale bevis i norske gjenåpningsbegjærninger – kan vi utelukke systematiske feil? Tidsskrift for strafferett 1 / 2020, s. 18 – 37.

- Svensson, Bo, Felaktigt dömda – några synpunkter med anledning av en rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. JT 2 /2006 – 07 s. 375-383.
- Syrjänen, Jussi, Oikeudellisen ratkaisun perusteista. SLY A 285. Helsinki 2008.
- Taivaloja, Tina, Vittnesförhöret som rituell kommunikation i internationellt perspektiv. Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift. 35 /2012, 4, s. 22 – 36.
- Tapanila, Antti, Oikeustapauskommenttaari KKO 2004:60. Todistelu – Henkilön tunnistaminen. Kysymys henkilön tunnistamisesta ja näytön arvioinnista rikosasiassa. (D: R2003/672, T:1407, KKO:2004:60)] DL 4 /2004 s. 756 – 771.
- Tarkka, Anna-Stiina, Itsekriminointisuoja ja hyödyntämiskiellot – vertailevia näkökohtia hallinto- ja rikosprosesseista. LM 3-4 / 2016 s. 488 – 515.
- Tarkka, Anna-Stiina, Näyttökynnyksen hallintoprosessissa. LM 5 /2018 s. 516 – 540.
- Tillers, Peter, ”The Chain Saw Did Not Speak Clearly”. Artikkeliblogissa ”Tillers on Evidence and Inference” 9.6.2005. http://tillerstillers.blogspot.fi/2005_06_05_archive.html. Luettu 30.4.2018.
- Timonen, Pekka, ’Väittämis- ja todistustaakkasäännösten merkitys testamentin tulkitaprosessissa’ teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia XXI 1988 (toimitus Aulis Aarnio ja Urpo Kangas). SLY Helsinki 1988 s. 327 – 372.
- Tirkkonen, Tauno, Suomen rikosprosessioikeus II. Toinen, uusittu painos. SLY B 56. WSOY Porvoo 1972.
- Tirkkonen, Tauno, Suomen siviiliprosessioikeus I. Toinen, uusittu painos. SLY B 105. WSOY Porvoo 1974.
- Tirkkonen, Tauno, Suomen siviiliprosessioikeus II. 1966. SLY B 128. Porvoo – Helsinki. WSOY 1966.
- Tirkkonen, Tauno, Suomen siviiliprosessioikeus II. Toinen, uusittu painos. Toimittanut Jouko Halila. SLY B 128. WSOY. Porvoo 1977.
- Tolvanen, Matti, ’Tosiseikat rikosprosessissa’ teoksessa Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Toimittajat Ari-Matti Nuutila ja Elina Pirjatanniemi. Turun yliopiston Oikeustieteellinen tiedekunta. Turku 2005 s. 304 – 325.
- Tolvanen, Matti, Merimies on eri mies – huviveneily ja merilaki (KKO 2010:79). Oikeustapauskommenttaari LM 2 / 2011 s. 417 – 423.
- Tolvanen, Matti, Asianomistaja-asianosaisista ja asianomistajatodistajista. DL 2 /2016 s.196 – 204.
- Tolvanen, Matti, Oikeustapauskommenttaari KKO 2018:3 ’Varteenotettava epäily syyllisyydestä’ teoksessa Pekka Timonen (toim.) KKO:n ratkaisut kommenttein I 2018. Alma Talent. Helsinki 2018 s. 26 – 32.

- Tolvanen, Matti, Oikeustapauskommentaari KKO 2019:2 'Näytön arviointi huumausaineen maahantuonnissa' teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2019. Alma Talent. Helsinki 2019 s. 20 – 27.
- Tolvanen, Matti, Näytön hankkiminen ja arviointi veroprosessissa ja rikosprosessissa – yhtäläisyyksiä ja eroja. Teoksessa Vero ja finanssi. Matti Myrsky 60 vuotta. Editia Publishing Oy. Helsinki 2013.
- Tomunen, Mari (ent. Okkonen), Laskentateoreettinen todistusharkinta. University of Helsinki Conflict Management Comi. Helsinki 2015.
- Träskman, Per Ole, Kan gärningpersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? teoksessa Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 2. Iustus Förlag. Juridiska Föreningen i Uppsala. Redaktion: Nils Jareborg och Per Ole Träskman. Uppsala 1985. s. 56 – 75.
- Träskman, Per Ole, Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet teoksessa Festsskrift till Lars Welamson. Norstedts Förlag. Stockholm 1987 s. 469 – 486.
- Tulokas, Mikko, 'Oikeudenkäyntimenettelyn ongelmia' teoksessa Juhlajulkaisu Asianajotoimisto Borenus & Kemppinen 90 vuotta. (Toimituskunta: Heidi Arvanne-Potrykus, Seppo Kemppinen, Harri Lindroth, Ritva-Liisa Luomaranta, Susanna Tenhunen, Nina Wilkman) Jyväskylä 2001 s. 199 – 208.
- Tuori, Kaarlo, Oikeus, valta ja demokratia. Lakimiesliiton Kustannus 1990. Helsinki.
- Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY Lakitieto Oy. Helsinki 2000.
- Turunen, Santtu, Oikeustapauskommentaari 2004:60, 'Näytön arviointi raiskausjutussa.' teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2004 I. Talentum ja Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2004 s. 435 – 445.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel, Judgment under uncertainty: Heuristics and biases teoksessa Kahneman, Daniel – Slovic, Paul – Tversky, Amos (eds.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Cambridge University Press 1982 Cambridge. s. 3 – 20.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel, Evidential impact of base rates teoksessa Kahneman, Daniel – Slovic, Paul – Tversky, Amos (eds.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Cambridge University Press 1982 Cambridge. s. 153 – 160.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel, 'Päätöksenteko epävarmuuden vallitessa: heuristiikat ja vinoutumat' teoksessa Daniel Kahneman, Ajattelu nopeasti ja hitaasti. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Terra Cognita. Helsinki 2012 s. 479 – 496.
- Twining, William, Rethinking Evidence. Exploratory Essays. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge 2006.
- Tybjerg, Erland, Om bevisbyrden. Jacob Lunds Boghandel (Baldur Borgen). Universitetsbogtrykkeriet (J. H. Schultz). Kjøbenhavn 1904.
- Tähti, Aarre: 'Joustava tulkinta ja joustavat oikeusnormit. Näkökohtia joustavuudesta oikeudellisena käsitteenä ja ongelmana' teoksessa Seppo Koskinen (toim.): Joustavat normit ja joustava tulkinta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan 18.6.1990 Seilissä järjestämässä jatkokoulutustilaisuudessa pidettyjä alustuksia.

- Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C:12. Turku 1990. s. 95 – 163.
- Ulväng, Magnus, Uppsåt som rättsfaktum och bevisstema teoksessa *Festskrift till Per Ole Träskman*. Norstedts Juridik Ab. Stockholm 2011 s. 465 – 477.
- Ulväng, Magnus, Straffansvar och självförvällat rus m.m. JT 3 / 2011 – 2012 s. 547 – 574.
- Vaitoja, Jari, Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa. SLY A 321. Helsinki 2014.
- Vanamo, Marja, Syyttäjän, perusoikeudet ja objektiivisuus. DL 3 / 2001 s. 419 – 422.
- Vihriälä, Helena, Tahallisuuden näyttäminen. Forum Juris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Helsinki 2012.
- Viljanen, Pekka, Oikeustieteellisen asiantuntijanlausunnon ja sen antajan statuksesta. DL 4 / 1997 s. 547 – 552.
- Viljanen, Pekka, Oikeustapauskommentaarit KKO 2010:79: 'Hyvän merimiestaidon laiminlyönti ja huviveneily' teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2010 II. Talentum Media Oy. Helsinki 2011 s. 254 – 260.
- Virolainen, Jyrki, Reformatio in pejus –kiellosta. Tutkimus tuomioistuimen tutkimusvalan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. SLY A 120. Helsinki 1977.
- Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vähäsen. LM 8 / 1985 s. 973 – 1006.
- Virolainen, Jyrki: Tuomion perusteleminen. LM 7 / 1986 s. 889 – 917.
- Virolainen, Jyrki, Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Lakimiesliiton Kustannus. (Suomen Lakimiesliiton kirjasarja N:o 114.) Helsinki 1995.
- Virolainen, Jyrki, Rikosprosessioikeus I. Pandecta Oy. Rovaniemi 1998.
- Virolainen, Jyrki, Vastaväittäjän lausunto Tatu Leppäsen väitöskirjasta ”Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys A 217. Vammala 1998”. LM 1 / 1999 s. 115 – 141.
- Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vieläkin vähäsen. LM 7 – 8 / 2000 s. 1155 – 1169.
- Virolainen, Jyrki, Oikeustapauskommentaarit KKO 2000:71. DL 4 / 2000 s. 667 – 678.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri, Tuomion perusteleminen. Talentum Media Oy Helsinki 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.
- Virolainen, Jyrki, 'Parisuhdeväkivallan uhrin asemasta todistelussa' teoksessa Mirva Lohiniva – Kerkelä (toim.), Väkipalava – seuraamukset ja haavoittuvuus. Violence – Sanctions and Vulnerability. Terttu Utraisen juhlaakirja. Talentum. Helsinki 2006 s. 647 – 662.

- Wallerman, Anna, Om fakultativa regler. En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor. [Ak. avh.] Iustus Förlag AB, Uppsala 2015.
- Welamson, Lars, Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1973 – 1979. SvJT 1 / 1982 s. 143 – 192.
- Welamson, Lars, Rättegång VI. Tredje, omarbetade upplagan. (3:4) Nordstedts Juridik AB 2009.
- Westberg, Peter, Förfalskade inköpsnotor – kritiska funderingar kring ett HD-fall om bevisbördan i tvistemål. JT 1 / 1992 – 93, s. 155 – 168.
- Williams, Glanville, The Proof of Guilt. A Study of the English Criminal Trial. Third Edition. The Hamlyn Lectures. Seventh Series. Stevens & Sons Limited. London 1963.
- Wilson, William, Fact and Law, teoksessa Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, edited by Patrick Nerhot. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1990. [Law and Philosophy Library, Volume 11.]
- Wrede, R. A., Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Suomentanut Onni Karhunen. Tietosanakirja-Osakeyhtiö, Helsinki 1919.
- Wróblewski, Jerzy, Meaning and Truth in Judicial Decision. Second edition, edited by Aulis Aarnio. Juridica / A-tieto Oy. Helsinki 1983.
- Vuorenpää, Mikko, Itsekriminointisuoja loukaten annetun esitutkimustakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. Oikeustapauskommentari. LM 1 / 2013, s. 138 – 146.
- Vuorenpää, Mikko, Några observationer om åberopsbördan. JFT 2 – 4 / 2017 s. 189 – 199.
- Välimäki, Pertti, 'Preklusiosta korkeimmassa oikeudessa' teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia XLIX 2016. SLY. Toimittaja Antti Kolehmainen. Helsinki 2017 s. 289 – 355.
- Ylöstalo, Matti, Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. SLY B 82. Helsinki 1956.
- Zahle, Henrik, Om det juridiske bevis. Juristforbundet Forlag. København 1976.
- Zahle, Henrik, Evidence, Probability, and Tactics in Proceedings. teoksessa Scandinavian Studies in Law. Institute for Scandinavian Law 23. Stockholm 1979 s. 257 – 293.
- Zahle, Henrik, Alternative bevismodeller. JFT 3 / 1988 s. 182 – 185.
- Zuckerman, Adrian, Relevance in Legal Proceedings teoksessa William Twining (ed.), Facts in Law. Association for Legal and Social Philosophy. Ninth annual conference at Hatfield College, University of Durham, 2nd – 4th April 1982. Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden 1983. s. 145 – 155.

KKO:N RATKAISUT JA ENNAKKOPÄÄTÖKSET

1938 II 410 167 av. 416
1975 II 86 301
1987 II 19 111 av.270
1987:85 219
1987:86 219
1992:31 144
1992: 84 145
1993:80 143, 599 av 1656
1994:132 217
1994:133 217
1995:44 375 av.983, 682 av.1890
1995:53 172, 601, 609
1995:66 673 av.1865
1996:133 375 av. 983, 682 av.1890
1997:169 111 av.271
1998:4 147
1998:63 111 av. 271
1998:143 111 av.271, 219 av.575
1999:98 110 av. 267
2000:14 167 av.416
2000:35 474 av.1259
2000:71 673, 680
2000:94 219
2001:26 172
2002:47 200, 242, 367, 378
2003:118 219
2004:60 379
2005:62 372
2005:69 149, 216
2007:52 148, 453
2008:68 177 av.438
2009:53 372
2011:44 172
2011:58 201
2011:108 372
2012:27 675
2013:17 98, 212 av.552

2013:25 473 av.1257, 177 av.438
2013:92 416 av.1100
2017:12 675, 201 av. 528
2018:3 394, 688
2019:2 394, 688, 437
2019:4 448 av. 1183
2019:54 360 av. 922
2019:55 360 av. 922
2019:98 220

TT:n ratkaisut

1993-8 111 av. 269
1993-78 111 av. 269

HD:n ratkaisut

NJA 1898 s. 479 603 av.1671
NJA 1936 s. 439 603 av. 1671
NJA II 1943 s. 451 419 av.1105
NJA 1948 s. 554 399, 416, 578
NJA 1959 s. 318 603 av.1671
NJA 1975 s. 577 460
NJA 1975 I s. 657 604
NJA 1976 s. 667 460
NJA 1977 s. 176 600, 605, 608
NJA 1977 s. 549 607
NJA 1980 s. 725 243, 668
NJA 1981 s. 622 600, 608
NJA 1982 s. 421 600
NJA 1982 s. 472 582
NJA 1982 s. 525 213, 201 av.528
NJA 1984 s. 501 I, II 223
NJA 1986 s. 3 228
NJA 1986 s. 358 228
NJA 1987 s. 48 376 av.984, 378
NJA 1990 s. 555 668

NJA 1991 s. 56 244, 440, 674, 685
NJA 1992 s. 113 224, 228
NJA 1992 s. 263 400, 410, 457, 605
NJA 1999 s. 480 245
NJA 2006 s. 170 464
NJA 2006 s. 457 376 av.986, 378
NJA 2006 s. 721 224
NJA 2009 s. 447 201 av. 528
NJA 2017 s. 642 227
HD 22.12.2017T 435-17
(NJA 2017 s. 1123) 460

Norjan Høyesterett

RT-2004-1063
(HR-2004-1114 A) 254
RT-2005-1353 253
RT-2012-856 253
HR-2016-2579 602

ASIAHAKEMISTO

- A posteriori ja a priori 395, 503
Abduktio 678, 689
Actori incumbit probatio; exceptio
 reus fit actor 128, 139
Adversariaalisuus 270, 358, 450
Alkuperäistodennäköisyys 390
 - Bayesin kaavassa ks. a priori
 - kaksoisvaikutus 398
 - virhelähteenä – Cohen 429, 647
 - virhelähteenä – oma kritiikki
 412
Ankkurointi 414, 556
Aputosiseikka 46, 88
 - todistustaakan ja
 näyttökynnyksen kannalta 79,
 270
Arvostuksenavarainen seikka 97, 120
Asiantuntija 73, 88, 348, 418, 528
Atomismi 498, 551, 707

Bayesin teoreema 426, 509
Beyonr reasonable doubt, ks.
 Ei järkevää epäilyä
Bonus paterfamilias 163, 167

Confirmation bias 449
Corroboration ks. tukutodistelu

Ei järkevää epäilyä (brd) 231
Ennakkoasenne ks.
 Alkuperäistodennäköisyys
Episteeminen kysymys 330, 187, 121
Esiymmärrys 390

Hidas ajattelu 61, 300
Holismi 498, 707

Hypoteesimetodi 658, 667, 689
 - kritiikkiä ja etuja 671

Indisio 260
Induktiivinen metodi 628
Institutionaalinen tosiseikka 107
Intuitio 300
 - rooli todistusharkinnassa 301
 - kolme heuristista kriteeriä 303

Jatkokäsittelylupa 475
Jatkuvuusteoria 132, 590
Joustava käsite 174
Jura novit curia 66, 81

Kattavuus ks. robustius
Kertomusmalli 500, 695
Keskitysperiaate 148
Kokemussääntö 91, 117, 666
 - todistusteemana 91, 117
 - todistustaakan ja näyttö-
 kynnyksen kohteena 117
 - kokemussääntöjen varasto 179,
 649, 696
 - vaarallisuus 494
Kompleksinen tosiseikka t. seikasto
 284, 294
Kontradiktoriaalinen periaate 85
Käyttäytymisen ohjaaminen 585
 av.1611
Käyttäytymismalli (Zahle) 709

Legaalinen todistusteoria 62, 75,
 230, 369
Likelihood ratio ks.
 todennäköisyysuhde

Nopea ajattelu 61, 300
Normi ks. todistuteema
Näyttöarvo 80, 138, 205, 311, 480,
562, 696
Näyttökynnyks
- todistus- ja aputosiasioissa 256,
272

Odotushorisontti 391
Oikeustosiseikka 119

Parhaaseen selitykseen johtava
päättely 689
Preklusio 116
Presumptio 452
Prima facie -näyttö 456
Prosessuaalinen totuus 46
Päänäyttö 77, 396, 459, 625
Päätodiste(lu) 75, 190, 625

Relevanssi 30, 64, 85, 331
Rikosrekisteri 436, 394
Ristikuulustelu 117, 348, 418
Robustius 357, 552
- robustiuskynnyks 367
- tuomioistuimen rooli 366

Syyttömyysolettama 8, 134, 242, 418

Takaisinkytkentä harkinta-
prosessissa 324
Teemametodi 545
- verrattuna todistuservometodiin
542

Todennäköisyys 325, 327
- todennäköisyysuhde 513
Todennäköisyysasteikko 233, 539
Todistelutilanne 46
Todistuservometodi 547
- verrattuna teemametodiin 542

Todistusharkinta
- vaiheet 304
- tosiseikkojen verkko 499
- monijäsenisessä tuomio-
istuimessa 321
Todistuskeino 45, 73
- henkilötodistelu 298, 346
- asiakirjatodiste(lu) 342
- katselmus 345
Todistusketju 271, 526, 547
Todistussuhde 542
Todistustaakka 123
- jakoperiaatteita 59, 143
- siirtyvä 287, 452
- tuottamisen (esittämisen) ja
vakuuttamisen taakat 151
Todistusteema
- teemoitus valmistelussa ja
myöhemmin 89
- teemana oikeusnormi, TES,
RYS 111
Todistustosiseikka
- todistustaakan ja näyttökynnyksen
kannalta 79, 270
Todistusvoima ks. Näyttöarvo
Tukitodistelu 75, 230, 330, 686
Tunnustaminen 471
Täysi näyttö 158, 162, 572

Ultima probandum 264, 277,
289, 527
Uskomus 166, 619
Uskottavuus 337
- seikan ominaisuutena ja
riittävyiden kuvaajana 338
- common law'n näkökulma 351
- hovoikeuden jatkokäsittelyluvan
ja pääkäsittelyn toimittamisen
kohdalla 476

Vahvemmuusperiaate ks.
 överbikt-periaate
Vakuuttuminen 167
Vapaa todistusharkinta 31,61,177,182
Vastakuulustelu 265, 344, 346
Vastanäyttö 457,460,619
Vastakkain kuulusteleminen ks.
 Ristikuulustelu
Vuorovaikutusmalli 83
Väittämistaakka 582, 713
Välittömyysperiaate 475,704

Weight 326
Wigmoren verkko t. kartta 499

Överbikt-periaate 567

